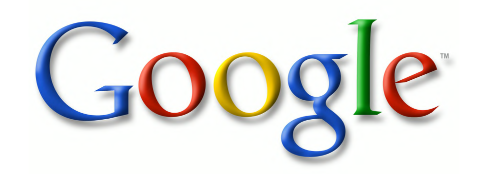
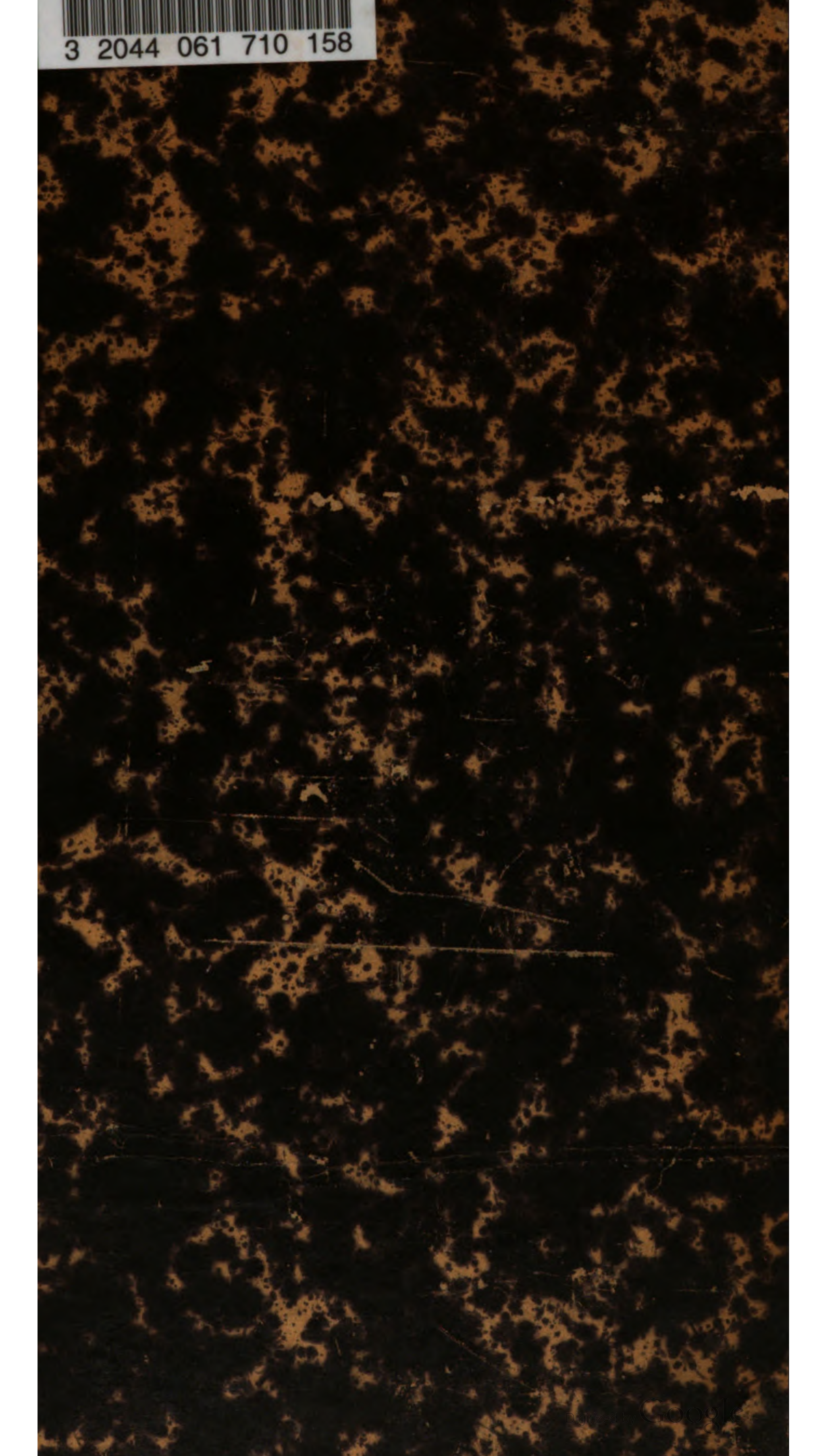
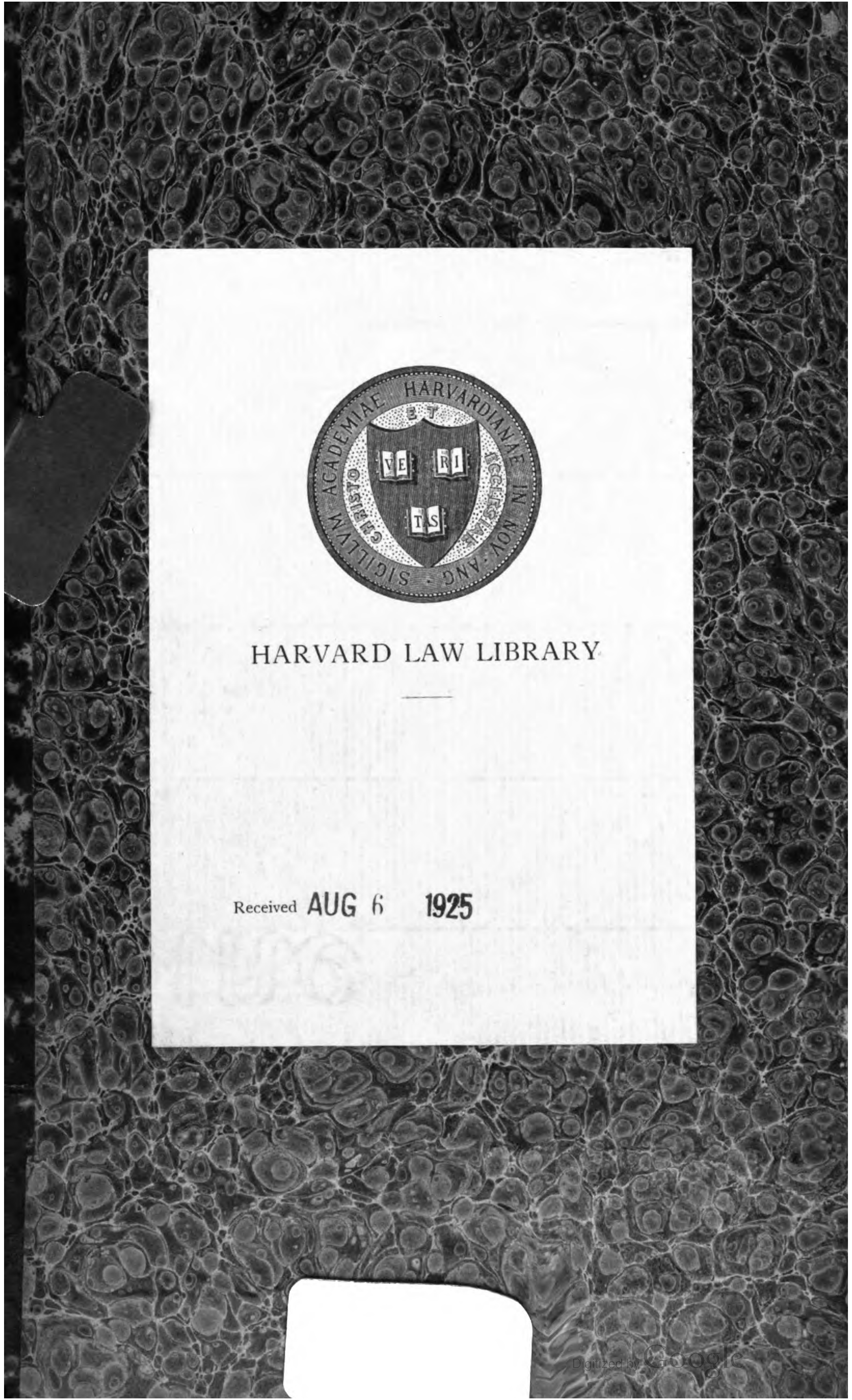
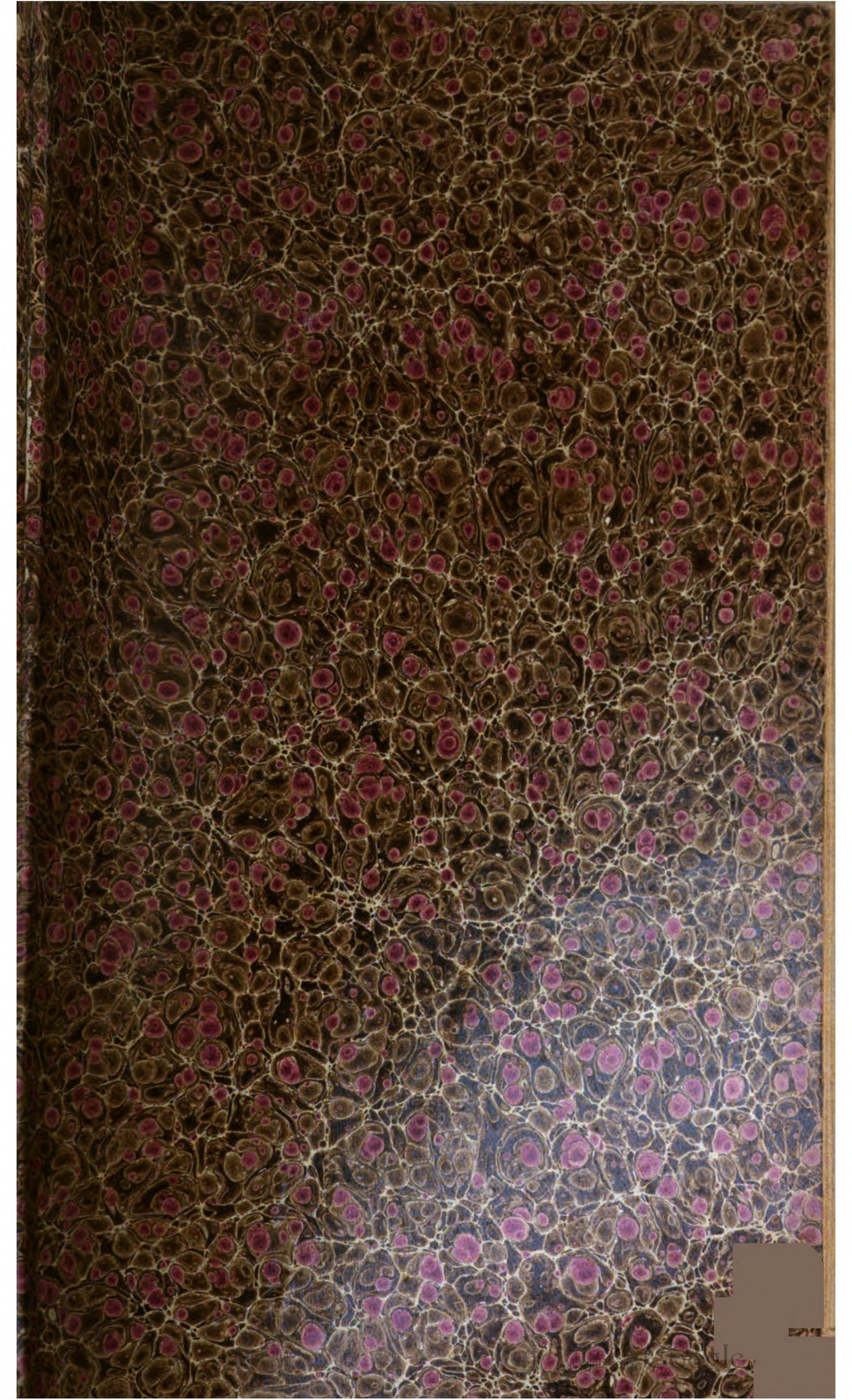



3 2044 061 710 158


HARVARDIANAE IN NOV · ANG
SIGILLVM ACADEMIAE
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS



FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

DROIT ROMAIN

DES CONFLITS DE LOIS A ROME

DROIT FRANÇAIS

DES BREVETS D'INVENTION

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

PAR

JEAN BEYSSAC

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



BORDEAUX

IMPRIMERIE Ve CADORET

17 — RUE MONTMÉJAN — 17

1888

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

MM. BAUDRY-LACANTINERIE, ❦ I., doyen, professeur de *Droit civil.*
COURAUD, ✻, ❦ I., doyen honoraire, professeur de *Droit romain.*
RIBÉREAU, ❦ I., professeur de *Droit commercial.*
SAIGNAT, ❦ I., professeur de *Droit civil.*
BARCKHAUSEN, ✻, ❦ I., assesseur du doyen, professeur de *Droit administratif.*
DE LOYNES, ❦ I., professeur de *Droit civil.*
VIGNEAUX, ❦ I., professeur d'*Histoire du droit*, chargé d'un cours spécial pour le doctorat.
LE COQ, ❦ I., professeur de *Procédure civile.*
LEVILLAIN, ❦ I., professeur de *Droit maritime.*
MARANDOUT, ❦ A., professeur de *Droit criminel.*
CUQ, ❦ A., professeur de *Droit romain.*
FAURE, ❦ A., député, professeur d'*Économie politique.*
DESPAGNET, ❦ A., professeur adjoint, chargé du cours de *Droit international privé.*
MONNIER, ❦ A., agrégé, chargé du cours de *Pandectes.*
SAINT-MARC, ❦ A., agrégé, chargé du cours d'*Économie politique.*
DUGUIT, agrégé, chargé du cours de *Droit constitutionnel.*

MM. LE COZ, ❦ A., docteur en droit, *secrétaire.*
PLATON, ancien élève de l'École des Hautes-Études, *sous-bibliothécaire.*
FRAISSAINGEA, docteur en droit, *secrétaire-adjoint.*

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. RIBÉREAU, *président.*

Suffragants { LE COQ. LEVILLAIN. MONNIER.

A MON PÈRE

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

SELL. — Die Recuperatio der Römer, chap. II, § B, n° 6, p. 315-339; Brunswick, 1837.

VOIGT. — Das jus naturale æquum et bonum und jus gentium der Rœmer, II, ch. IV, sup. XIII et XVI; Leipsig, 1858-1875.

DE SAVIGNY. — Traité de Droit romain (Système), trad. Ch. Guenoux, t. VIII, liv. III, ch. Ier; Paris, 1851.

DE SAVIGNY. — Histoire du Droit romain au moyen âge ; trad. Ch. Guenoux, I, Paris, 1839.

C. G. BRUNS. — Fontes juris Romani antiqui, 5e édition, par Th. Mommsen; Fribourg, 1887.

MOMMSEN et MARQUARDT. — Handbuch der römischen Alterthümer, Marquardt, Römische Staatsverwaltung, Ier volume, 2e édition; Leipsig, 1881.

WACHTER. — Die collision der privatrechts gesetze, archiv. für die civilische praxis, t. XXIV, année 1841.

VON IHERING. — L'esprit du Droit romain, traduction de O. de Meulenaere, t. I; Gand, 1877.

MOMMSEN. — Histoire romaine, trad. Alexandre; Paris, 1863-72;

DUGUIT. — Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils, p. 9-16. Thèse de doctorat; Bordeaux, 1882.

LAURENT. — Droit civil international, t. I; Paris-Bruxelles, 1880.

FÉLIX et DEMANGEAT. — Traité de Droit international privé; Paris, 1866.

PASQUALE FIORE. — Droit international privé, trad. Pradier-Fodéré; Paris, 1875.

CUJAS. — Observationes, liv. XIV, chap. XIII, opera, t. III; Naples, 1722.

DE BŒCK. — Du prêteur pérégrin, thèse de doctorat; Paris, 1882.

A. WEISS. — Du droit fétial et des fétiaux; Paris, 1883.

FUSTEL DE COULANGES. — La cité antique, chap. XII; Paris, 1874.

TABLE DES MATIÈRES

Des conflits de lois dans l'Empire romain.

DROIT ROMAIN

DES CONFLITS DE LOIS A ROME

INTRODUCTION

L'influence du droit romain sur nos législations modernes a été si considérable, un si grand nombre de nos institutions juridiques ont été inspirées par celles de Rome, la précision et la logique des jurisconsultes romains sont si admirables, que l'on a cherché à rattacher au droit romain la plupart des théories en matière de droit.

Aussi, à notre époque où les relations multipliées de pays à pays ont donné une telle importance à l'étude du droit international privé, est-il naturel que l'on ait tenté d'en retrouver la source dans les monuments juridiques que Rome nous a laissés.

Les Romains ont-ils connu un droit international privé? Il ne faudrait pas se hâter d'admettre l'affirmative en présence des textes nombreux qui nous parlent d'un droit des gens, d'un *jus gentium quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* (Gaius, C. I, § 1).

Le *jus gentium* n'est en effet qu'une partie du droit positif de Rome ayant une étendue plus générale que le *jus civile,* pouvant s'appliquer aux pérégrins, régissant leurs rapports entre eux ou avec les citoyens, mais aussi,

à l'époque classique tout au moins, présidant aux relations de citoyens à citoyens.

Ce n'est donc pas là ce droit spécial, cet ensemble de regles de raison servant à déterminer entre plusieurs législations se rencontrant à l'occasion d'un rapport privé entre particuliers, celle qui doit régir ce rapport, droit que les auteurs modernes, pour éviter toute confusion avec le *jus gentium* romain, ont appelé *droit international privé* (1).

On rangeait quelquefois, cependant, dans le *jus gentium*, sous le nom de *jus fetiale* certaines institutions présentant un caractère vraiment international (2).

Le *jus fetiale* comprenait des rites qui, dans certaines circonstances, intervenaient dans les rapports publics d'Etats à Etats. L'institution des fétiaux était répandue, peut-être, chez tous les peuples du Latium et c'est aux Eques, paraît-il, que de très bonne heure les Romains l'empruntèrent (3).

Les fétiaux, formant un collège de 20 prêtres, avaient un triple caractère religieux, diplomatique et judiciaire. Leur caractère judiciaire s'affirmait dans certaines fonctions relatives aux extraditions de Rome dans les cités alliées et, peut être aussi, dans la *recuperatio* ou les procès devant les *récupérateurs;* leur caractère diplomatique se révélait dans les déclarations de guerre, la connaissance et la garde des traités. Les plus importants étaient conclus par leur intermédiaire : ceux particulièrement qui établissaient une alliance perpétuelle entre Rome et une autre cité devaient être solennellement consacrés par les

---

(1) Bentham employa le premier le terme *International Law.* (Despagnet : *Précis de Droit international privé,* p. 2).

(2) Tite-Live, II, 4. Salluste Bell. Jug. XXXIX.

(3) Une inscription trouvée en 1862 près de l'arc de Titus à Rome porte : *Fest. erresius* (lisez *Festor Resius*) *rex cequeicolus, is primus jus fetiale paravit. Indè P. R. discipleinam excepit.* — Voir Weiss : *du Droit fétial et des fétiaux,* p. 7, note 2.

fétiaux : deux membres, au moins, de leur collège, sur le mandat du magistrat, procédaient à leur consécration religieuse, en prononçant des paroles solennelles et en accomplissant un sacrifice selon des rites déterminés (Tite-Live, I, 24. Tite-Live, XXX, 43, 9. Mommsen et Marquardt. — *Manuel des Antiquités romaines,* traduction faite sous la direction de M. G. Humbert, II, p. 282).

Les traités étaient conservés par eux dans le temple de Jupiter Capitolin et ils veillaient à ce qu'ils fussent scrupuleusement observés. Etaient-ils violés par les Romains, les fétiaux offraient un porc en sacrifice à Jupiter et invoquaient ses foudres. Etait-ce une nation étrangère qui en méconnaissait les clauses : après une demande de réparation restée sans résultat, un des fétiaux, le *pater patratus* (1), entrait sur le territoire ennemi et y lançait un javelot en prononçant une formule solennelle. La guerre devenait alors légitime, régulière; c'était le *justum bellum* (2).

De la généralité de l'institution des fétiaux chez les peuples Latins, Albains, Ardéates, Samnites, Eques ; du respect témoigné, dans les premiers siècles de Rome, tout au moins, aux ambassadeurs étrangers, de l'autorité dont jouissait chez les nations d'Italie le collège des fétiaux romains, et de l'observation des mêmes rites dans toutes les déclarations de guerre et tous les traités de la Rome primitive, on peut conclure que le *jus fetiale* était bien l'ébauche d'un *droit des gens* au sens moderne du mot, d'un droit international public (3).

En revanche il est impossible d'y retrouver trace d'un droit international privé : il faut chercher ailleurs la solu-

(1) *Patrare id est sancire* (Tite-Live, I, 24). *Patratus* serait donc synonyme de *Sanctus*.

(2) Aulu-Gelle. *Nuits att.*, XVI, 4. — Tite-Live, I, 32.

(3) *Contrà* Wheaton. — *Histoire des progrès du Droit des gens en Europe et en Amérique,* t. I, p. 23-25.

tion du problème qui nous occupe et voir, si, dans les monuments de droit qui nous viennent des Romains, on peut retrouver les règles suivies par les jurisconsultes quand ils avaient à déterminer la loi applicable à un rapport juridique présentant des points de contact avec des législations différentes.

Mais, en premier lieu, nous devons trancher une double question préjudicielle.

Les conflits de lois naissent de la diversité des législations d'application possible sur un même territoire à un même rapport juridique, et ils se manifestent le plus souvent quand une personne étrangère se prévaut de sa loi particulière dans l'organisation d'un droit auquel elle prétend.

Par suite, il nous faut, tout d'abord et nécessairement, en cherchant nos solutions dans le droit interne de Rome :

1° Montrer qu'à Rome le *Jus Romanum* n'était pas le seul applicable et que, dans certaines circonstances, on était appelé à suivre les dispositions d'un droit pérégrin ;

2° Etablir que, d'après la législation romaine, au moins à partir d'une certaine époque, le *civis Romanus* n'était pas seul à jouir des droits privés et que des droits civils étaient reconnus à des individus non revêtus du *jus civitatis ;* ce qui nous conduira à étudier brièvement la condition des étrangers à Rome.

De là la division de notre travail.

1° Dans un premier chapitre nous donnerons un résumé de la condition des étrangers chez les Romains et nous parlerons de l'existence de certaines lois pérégrines pouvant avoir effet sur le territoire romain ;

2° Dans un deuxième, nous examinerons les textes qui ont été considérés comme réglant des questions de conflits de lois ;

3° Dans un troisième chapitre enfin, nous exposerons la théorie générale des conflits de lois dans l'Empire romain.

CHAPITRE Ier

CONDITION DES ÉTRANGERS

§ 1. *Qui est étranger ?*

A Rome, comme chez tous les peuples antiques de l'Italie et de la Grèce, l'étranger est celui qui ne participe pas au culte de la cité.

Les dieux sont essentiellement nationaux, ils ne protègent que les citoyens et ne veulent recevoir d'hommages et de prières que de ceux qu'ils protègent. L'étranger est repoussé de leurs temples et, dans les sacrifices, le prêtre doit se voiler la face de peur que son regard rencontre un étranger, ce qui troublerait les auspices (Fustel de Coulange : *La cité antique,* liv. III, ch. XII) (1).

L'exclusion du culte de la cité entraînait, par voie de conséquence, l'exclusion du droit de la cité, car les premières institutions juridiques de Rome ont un caractère nettement religieux.

Aussi, non-seulement l'étranger ne jouit d'aucun droit politique, mais, entre lui et le citoyen, il n'est ni mariage, ni commerce, ni contrat possible. Il ne peut hériter du citoyen, ni ce dernier de lui, car toute transmission de patrimoine amène transmission de culte. Il ne saurait être poropriétaire, car on lui refuse toute part au sol religieux de la cité. *Extrarius est qui extrà forum, sacramentum jusques sit* (2). (Festus : *de Verb. signif.* — Bruns : *Fontes juris antiqui.* — Ed. Mommsen, 1887, p. 338).

(1) *La cité antique,* etc.

(2) *Festus ect.*

C'est donc dans la personne du citoyen que se trouvent réunis tous les droits publics et privés.

Le citoyen a le *jus suffragii* et le *jus honorum;* il peut en appeler au peuple contre une décision injuste des consuls (*provocatio ad populum*) ; recourir à l'*auxilium tribunitium;* il exerce aussi certains droits qui sont en même temps des devoirs, comme le *jus censendi*, le *jus militiæ*, le *jus tributi*.

En droit privé, sa capacité juridique peut se décomposer en trois éléments : 1° Le *connubium* qui lui permet de contracter un mariage légitime, d'acquérir la puissance paternelle, d'avoir la *manus* sur sa femme, de se créer des liens d'agnation et de recueillir et de transmettre par suite une hérédité légitime *ab intestat;* 2° le *commercium*, grâce auquel il figure valablement dans le *nexum per æs et libram*, la mancipation, les contrats du droit civil et aussi dans le testament *per æs et libram;* 3° l'*actio*, c'est-à-dire la faculté d'agir devant les tribunaux romains, dans les formes solennelles des actions de la loi.

Latini veteres. — Rome, composée d'éléments latins, sabins et étrusques, se trouva à l'origine en contact avec des peuples qui présentaient avec elle communauté de race et de coutumes ; aussi reconnaissait-elle comme égales à elle-même les cités qui avoisinaient son territoire. L'étranger était alors appelé *hostis*, mot qui signifiait non pas ennemi, mais égal (1).

Parmi les *hostes*, il faut distinguer tout d'abord les *latini veteres;* nous dirons quelques mots de leur condition.

Il existait une confédération de trente villes latines *nomen latinum* dans laquelle Rome entra de très bonne

(1) *Peregrini ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari jure cum populo romano, atque hostire ponebatur pro æquare.*

Festus : V. *Status Dies*. —Bruns : *Fontes Juris romani antiqui*. — Edit. Mommsen, 1887, p. 378.



heure, dont elle se sépara à différentes reprises, et avec laquelle elle renouvela alliance par un *fœdus æquum* en 261, après la bataille du lac Régille (1). Enfin en 416, à la suite de la complète soumission du *Latium*, les Romains détruisirent cette confédération.

Les *Latini veteres* ou *prisci* étaient les membres de ces cités alliées : ils jouissaient des principaux avantages du *jus civile romanum*.

C'est ainsi qu'ils participaient au *commercium*, au *connubium* (2) et à la *recuperatio*, c'est-à-dire au droit de figurer dans une instance devant les *recuperatores*, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs. Le *jus honorum* leur était refusé : mais, s'ils se trouvaient à Rome au moment des *comitia tributa*, ils prenaient part aux votes dans une tribu désignée par le sort (Tite-Live XXV, 3. App. de *bello civili*, I, 23). Pour acquérir la cité, il leur suffisait de s'établir à Rome, en laissant un enfant dans leur patrie (Tite-Live, XII, 8).

En 416, quand la ligue latine fut définitivement dissoute, une partie des cités latines obtint le *jus civitatis*. Les autres se virent interdire les unes à l'égard des autres tout *connubium* et tout *commercium* réciproques, mais

---

(1) Ce traité conclu par Spurius Cassius, lors de son second consulat, existait encore, gravé sur une colonne de bronze, au temps de Cicéron (*Cic. pro. Balbo.* 23, 34). Un traité semblable intervint en 268 entre Rome et les Herniques.

(2) Bien que le *fœdus cassianum*, tel que nous le connaissons par Denys d'Halicarnasse (VI, 95), ne fît mention que du *commercium* et de la *recuperatio*, on ne peut douter que les *latini veteres* aient eu le *connubium* avec les Romains : le traité de 261 ne fit que renouer une antique alliance sous l'empire de laquelle les mariages étaient certainement possibles entre Romains et Latins, comme l'union de la fille de Tarquin le Superbe avec le Tusculan Octavius Mamilius en fait foi (Tite-Live I,49, Denys d'Hal. IV, 45) de plus Tite-Live (VIII, 4, 3) reconnaît des liens de consanguinité entre citoyens et Latins et Denys d'Halicarnasse (IV, 63. VII, 5, 3. VIII, 35, 70, 72, 74, 75, 77) parle de l'isopolitie entre Rome et le *nomen latinum*, comme conséquence du traité de Cassius, ce qui entraîne un droit de mariage réciproque entre Romains et Latins. (Voir Voigt p. 142, note 132 et p. 141).

très probablement conservèrent ces deux droits vis-à-vis des Romains (1).

Le *nomen latinum* ne put plus tenir d'assemblée générale ou diète commune (*comitium*).

Latini Coloniarii. — Cicéron (*pro domo,* 30, 79; *pro Cæcinà,* 52, 102) nous dit qu'une loi votée à l'instigation de Sylla (*lex Cornelia*) enleva le *jus civitatis* à un certain nombre de cités, notamment à Volaterra, pour ne leur laisser que le droit *quo fuerint Arriminenses, quos quis ignorat duodecim coloniarum fuisse, et à civibus Romanis hereditates capere potuisse* (*pro Cæcinà,* 52, 102).

D'après une opinion moderne, qui du reste semble la préférable, Cicéron veut parler des 12 colonies latines fondées par les Romains à partir de 486 après la défaite de Pyrrhus (479) et la reddition de Tarente (482) dans le pays des Bruntiens, des Samnites et des Tarentins, nouvellement soumis (2).

Plus tard, le droit des colonies latines de cette catégorie fut concédé à de nombreuses cités, même hors des limites de l'Italie. C'est ainsi qu'une *lex Pompeia,* l'accorda en 665 à toutes les villes de la Gaule Transpadane, César à toutes les communes de la Sicile (Ciceron : *ad att.,* 14,12,1).

L'obtinrent également, plusieurs villes de la Gaule Narbonnaise (Marquardt : *l. c.*, p. 63), des Alpes cottiennes (Mommsen : C. I. I., v. p. 810), de l'Aquitaine (Strabon : 4, p. 191). — De la Bétique (Strabon : 3, p. 151). Néron le donna à tous les cantons des Alpes-Maritimes (Tacite : *Annales* 13, 22) et Vespasien à toute l'Espagne (Pline : H. N. 3, 30).

---

(1) Voigt : *loc. cit.,* t. II, p. 144. — Mommsen : *Hist. romaine,* t. II, p. 154. — Marquardt : *loc. cit.,* p. 53-54. — *Coutrà Accarias, loc. cit.,* t. I, p. 113, note 2 *in fine.*

(2) Mommsen : *Hist. romaine,* II, p. 240, note 1. — Marquardt, *loc. cit.,* p. 54. — Voigt : *loc. cit.,* t. II, p. 348.



Les *Latini coloniarii* avaient le *commercium* et la *testamentifactio,* mais, à la différence des *Latini veteres*, le *connubium* leur était refusé. Ils n'acquéraient pas la cité en s'établissant à Rome après avoir laissé un enfant dans leur ville natale : mais ils devenaient citoyens romains en exerçant dans leur patrie, pendant un an, une magistrature municipale ou en faisant condamner un magistrat comme concussionnaire (*lex Acilia repetundarum* de 631 — Marquardt, *l. c.*, p. 51).

A partir des lois *Junia Norbana* (728-729) et *Ælia Sentia* (757) apparurent les Latins Juniens. Leur situation juridique se rapprochait de celle des Latins coloniaires. Comme ces derniers, ils ne jouissaient que du *commercium,* mais moins favorisés, ils ne pouvaient ni tester, ni être nommés tuteurs testamentaires et n'avaient pas le *jus capiendi directo* (1). Du reste l'acquisition de la cité leur était singulièrement facilitée (Ulp. III § 1-6).

Le caractère commun de tous les pérégrins est de ne participer en aucune manière au *jus civile romanum.*

Mais entre eux on doit distinguer soigneusement ceux qui ont une cité déterminée dont ils peuvent, à certaines conditions, invoquer les lois particulières et ceux qui sont *sine certa civitate,* les *Apolides*. Ces derniers comprennent les citoyens romains qui ont perdu la cité à la suite d'une condamnation (interdiction de l'eau et du feu, déportation, travaux publics perpétuels) et les affranchis déditices. On appelait déditices les peuples qui s'étaient rendus à discrétion aux armées romaines (*in deditionem populi romani,* Voigt, *loc. cit.,* p. 265, note 284). La loi *Ælia Sentia* leur assimila les affranchis qui durant leur servitude avaient encouru certains châtiments ignominieux.

Les affranchis déditices n'avaient, comme le dit Gaius

(1) Gaius, C. 1, § 23. — Ulp. XI, § 16, XVII § 1, XXII, § 3.

(1, § 26), que la *pessima libertas*. Jamais ils n'arrivaient à la Cité, et ils perdaient leurs biens et leur liberté s'ils étaient rencontrés à Rome ou dans un rayon de cent milles de Rome.

Il ne faudrait pas croire cependant que les peuples déditices eussent toujours une condition aussi rigoureuse : il arrivait fréquemment que Rome leur rendait une certaine indépendance locale : elle leur laissait quelquefois tout ou partie de leurs lois nationales (Tite-Live, XXIII, 5, 9) en qualité de *jus deditiorum;* dans tous les cas, elle leur donnait un droit privé à titre gracieux comme elle le fit aux habitants de Capoue (Tite-Live, IX, 20). On voit donc qu'il ne faut pas ranger *à priori* les peuples déditices dans la catégorie des *Apolides* car ils pouvaient avoir un *jus deditiorum* ayant pour eux la valeur d'un *jus municipale* (1).

Barbares. — Sont barbares, toutes les nations indépendantes placées en dehors de l'*orbis romanus*, celles qui ne sont liées à Rome par aucune espèce de traité (Dig. 5, loi 5, § 2, liv. XLIX, XV). Les Romains se considèrent à leur égard comme en état de guerre perpétuelle. La propriété comme la personne du barbare reste sans protection. Ses biens sont des *res nullius* que tout le monde acquiert par simple occupation, et on peut librement le tuer ou l'emmener en esclavage : sa sépulture même, à la différence de celle de l'esclave, peut être impunément violée (L. 7, D. XLVIII, 20; l. 44, D. XLVII, 12).

A l'époque impériale, nous trouvons des constitutions qui défendent sous des peines rigoureuses tout commerce comme tout mariage entre Romains et Barbares. Le port même de leur costume est sévèrement interdit (Code de Justinien, lois 1, 2, IV, 20. — L. 2, II, 63. — Code Théodosien, III, 14).

---

(1) Voigt : *loc. cit.*, t. II, 291, 293, 303, 312, 321.

§ 2. *Du droit de l'étranger.*

Hospitium et Patronat. — Nous savons que, dans la Rome primitive, l'étranger ne jouissait d'aucun droit; mais si la loi le laissait sans protection, il pouvait du moins trouver soit dans les mœurs, soit dans des conventions particulières, soit même dans des traités publics quelques garanties. De très bonne heure les besoins du commerce introduisirent l'usage de l'*hospitium*. C'était une convention en vertu de laquelle un citoyen romain mettait le droit d'un étranger sous le sien propre et le soutenait comme sien devant la justice. Bien que l'*hospitium* ne fît naître aucun lien légal, sa violation était cependant punie par la loi et constituait un crime infâmant (Aulu-Gelle : *Nuits attiques,* IV, 13). De l'*hospitium privatum,* simple accord entre particuliers, on ne tarda pas à passer à l'*hospitium publicum* résultant d'un véritable traité international. Deux États garantissaient réciproquement à leurs sujets respectifs tous les avantages de l'*hospitium*. Il arrivait aussi que pareille convention intervenait entre un État et un simple particulier.

Patronat. — Dans l'*hospitium,* l'hôte et l'étranger se trouvaient sur un pied d'égalité : leurs devoirs et leurs droits étaient réciproques. Dans le patronat, au contraire, le client était à l'égard du patron dans un état de subordination. Une fois qu'il s'était mis sous la protection de ce dernier (*se applicaverat*), sa situation devenait analogue à celle d'un fils de famille. Ses biens devenaient en droit la propriété du patron : ce qui explique comment celui-ci était recevable à soutenir en justice les intérêts de son client à une époque où nul ne pouvait plaider au nom d'autrui. Il est vrai que la coutume imposait au patron l'obligation de ne pas dépouiller le client de ses biens,

mais il se réservait le droit d'exiger de lui, dans certaines circonstances, une contribution (par exemple, pour doter sa fille ou se racheter de la captivité chez les ennemis). Il arrivait souvent que le client obtenait du patron des concessions de terre à charge de les restituer à la première réquisition : telle serait l'origine du précaire.

A la mort du client ses biens revenaient au patron en totalité ou dans la mesure fixée par la convention ; les obligations des deux parties étaient transmissibles héréditairement (von Ihering : *Esprit du Droit romain,* I, ch. 2).

Le patronat présentait cet avantage que tout étranger, même n'ayant aucune *civitas* reconnue, pouvait s'y soumettre, tandis que l'*hospitium* n'intervenait valablement qu'entre membres de cités déterminées. C'était là une conséquence du caractère de réciprocité de cette dernière institution.

Quelquefois le patronat, comme l'*hospitium,* était établi par des traités conclus soit entre Rome et une cité étrangère, soit entre un citoyen romain et un Etat étranger. Les Claudii, par exemple, étaient patrons de Messine, *Minutianus*, de quinze peuples ombriens, les Marcelli, de la Sicile, les Fabii, des Allobroges, les Gracques, des Espagnols, Caton, des Cappadociens et des Cypriotes (Tacite, *Ann.* III, 55).

Traités d'amitié et d'alliance. — Il existait avec les peuples étrangers de nombreux traités d'alliance et d'amitié (Pomp., liv. 37, *ad* Quint. Mucium, L. 572, liv. 19, tit. 15, Cicéron *pro Balbo,* 9, 23) dont les clauses n'avaient rien de bien fixe et variaient le plus souvent de l'un à l'autre. Il semble néanmoins que les Romains jouissaient du *postliminium* sur le territoire de la nation alliée ou amie (L. 19, § 3, *de capt.*), et qu'il était d'usage d'établir des *recuperatores* pour connaître des litiges s'élevant entre les citoyens des peuples contractants.

Jus Gentium. — Quand Rome, à la suite de ses premières conquêtes, de celle de la Sicile en 512, notamment, eut multiplié le nombre de ses sujets non citoyens, l'*hospitium* et le patronat devinrent insuffisants et le développement des relations commerciales fit sentir la nécessité d'accorder à l'étranger des droits plus étendus. Aussi au commencement du VI[e] siècle, en 512 (1) probablement, on créa à Rome un magistrat spécial, le préteur pérégrin ayant juridiction sur les étrangers et on vit naître un droit nouveau, le *jus gentium*, comprenant des institutions juridiques ayant un caractère général et se retrouvant plus ou moins exactement chez tous les peuples.

Le *jus gentium* fut peut-être à l'origine la loi spéciale des relations des pérégrins entre eux ou avec les Romains, mais il ne tarda pas à dépouiller ce caractère et à régir aussi bien les rapports des seuls citoyens que ceux où des pérégrins étaient intéressés.

Accès en justice. — Il semble que les Romains se soient toujours refusés à accorder aux étrangers, même à ceux à qui une situation juridique des plus favorables était reconnue, aux *socii latini*, par exemple, l'accès des actions de la loi. Il existait, il est vrai, une institution de droit international, la *recuperatio*, qui était le complément nécessaire de tout traité concédant à un peuple allié la jouissance sur le territoire de Rome de quelque droit privé. Le *judicium recuperatorium* était une procédure spéciale, présentant un caractère religieux, appliquée aux diverses contestations qui pouvaient s'élever entre les citoyens et certains pérégrins ; car, à l'origine, l'étranger n'était admis à exercer d'action devant les récupérateurs que si une convention diplomatique passée entre Rome et sa patrie

(1) De Bœck : *le préteur pérégrin* (Thèse de Paris, 1882. p. 3 à 6).

lui accordait ce droit (1). Quand le *jus gentium* commença à se former, le préteur pérégrin, ou même avant lui le préteur urbain (Pomponius : D. l. 2, § 28, *de origine juris*, I, 2), empruntant peut-être à la *recuperatio* ses usages, adopta pour les procès entre pérégrins ou entre ces derniers et les citoyens, une procédure nouvelle, comportant l'emploi d'une formule rédigée par le magistrat et soumise à des récupérateurs.

La *recuperatio,* dès lors, passa du domaine du droit international dans celui du droit interne de Rome, pour devenir accessible à l'étranger, indépendamment de toute concession particulière. On sait quelle fut la fortune du système formulaire. A partir de la loi *Œbutia* (547 ou 548), complétée par les deux lois *Juliœ judiciariœ,* il remplaça les anciennes formes solennelles des actions de la loi et devint la procédure normale en matière privée, même entre les citoyens.

Lois pérégrines. — Le *jus gentium* n'était pas le seul droit applicable à celui qui ne jouissait pas du *jus civitatis* ; des textes nous montrent en effet des pérégrins régis par leurs lois particulières.

C'est ainsi qu'Aulu-Gelle (L. IV, chap. IV) rappelle que la législation spéciale des cités latines sur le mariage fut abandonnée quand ces cités obtinrent le droit de cité.

De même Gaius nous dit (C. III, § 120), à l'occasion des contrats *verbis*, que l'obligation du fidepromissor et du sponsor ne passe pas à ses héritiers, à moins que le fidepromissor ne soit pérégrin et *alio jure civitas ejus utatur.*

En matière de testament, on trouve dans Ulpien (*Règles*, titre XX, p. 15) que le déditice ne peut tester ni comme

---

(1) *Reciperatio est, ut ait Gallus Œlius, cum inter populum et reges nationes que et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, res que privatas inter se persequantur.* Festus. de verb. Signif. : *Fontes Juris Romani antiqui,* 1887, p. 360.

citoyen romain, puisqu'il est pérégrin, ni comme pérégrin *quoniam nullius certæ civitatis civis est.*

Dosithée (de *manumis.* 14, 12), à propos d'un affranchissement effectué par un pérégrin, déclare qu'il n'est valable et que l'affranchi n'est maintenu par le préteur pérégrin en liberté que si les formes prescrites par la loi de la *civitas* du *manumissor peregrinus* ont été observées.

Comment expliquer l'existence de ces lois pérégrines?

Quand les Romains soumettaient de nouveaux peuples, ils n'essayaient pas d'imposer aux conquis leurs coutumes et leurs lois.

Non seulement ils étaient jaloux de leurs institutions nationales, mais ils sentaient, surtout dans les provinces, qu'il existait trop de différences entre eux et leurs nouveaux sujets par les origines, les religions, les mœurs et les coutumes. De même les Barbares, après la conquête de l'Empire romain, laissèrent aux vaincus leur droit national, et de nos jours les Français en Algérie et en Cochinchine, les Anglais dans l'Inde, n'ont pas tenté de communiquer leurs lois aux indigènes de ces colonies, tant la diversité de races et de coutumes rendait toute assimilation impossible.

Les Romains, souvent cruels dans la lutte, faisaient preuve de modération dans la victoire : aussi, en Italie, comme dans les provinces, à côté des peuples *dedítices* qui, s'étant rendus à discrétion, livraient à Rome leurs biens, leur personne et leurs dieux (1) (Tite-Live, I, 38). A côté de préfectures, cités trop puissantes ou trop turbu-

---

(1) Tite-Live nous a conservé la formule de la *deditio :*

Estne populus Collatinus in suâ potestate? Est. Deditisne vos, populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, ustensilia, divina humanaque omnia in meam populi Romani ditionem? Dedimus. At ego recipio (voir aussi Tite-Live, VII, 31, 4, IX, 9, 5, XXVI, 33, 12).

lentes qui perdaient leurs libertés municipales pour être administrées par un fonctionnaire venu de Rome, de colonies de citoyens Romains, véritables postes avancés, destinés à réprimer toute tentative de rebellion de la part des vaincus et aussi à leur communiquer la civilisation de Rome, on trouvait des *municipes,* villes soumises, mais conservant leur autonomie municipale. Ces municipes obtenaient quelquefois de Rome le titre de *populi fundi* et suivaient alors le droit romain; mais le plus souvent ils avaient leurs magistrats et leurs lois propres. Il en était de même des *liberæ civitates,* dont l'indépendance politique était reconnue par un traité, et des *civitates sine fœdere liberæ et immunes,* maintenues dans leur indépendance par simple décision du Sénat. Avec les autres avantages de la liberté, elles possédaient leurs législations particulières.

Quand l'Italie, à la suite de la guerre sociale (663-665) eut obtenu le droit de cité, toutes les villes italiennes furent converties en municipes, *populi fundi* (*Lex Julia Municipalis.* Bruns : *fontes juris antiqui,* p. 101). Mais la distinction des préfectures, municipes, colonies soit romaines, soit latines, se maintint dans les provinces.

La province elle-même recevait du Sénat une constitution particulière, *formula,* qui variait suivant le degré de civilisation des peuples soumis. Cette *formula,* sorte de charte provinciale, était le plus souvent préparée, avec l'aide de commissaires délégués par le Sénat, par le général en chef. C'est ce que fit Paul Emile en Macédoine (Tite-Live, XLV, 30, 22), Rupilius, en Sicile (Cicéron, *in Ver.* 2e art. L. II, § 13), Pompée, en Cilicie (Pausanias, VIII, XXX, 5).

La Sicile fut particulièrement bien traitée. La *lex Rupilia* lui laissa ses lois nationales, organisa une instance spéciale pour les procès s'élevant entre ses habitants ou

entre ces derniers et les citoyens Romains; 8 villes furent déclarées *fœderatæ et liberæ;* 5, sans être fédérées, furent libres et franches d'impôts. La dîme fut perçue sur les récoltes conformément à l'antique loi d'Hiéron (Cic. : *in Ver.,* III, VI).

Le *jus provinciale* était le droit reconnu aux habitants de la province par la *formula* délivrée par le Sénat : mais il comprenait aussi les règles juridiques contenues dans l'édit que le gouverneur de la province, à l'exemple du préteur (Gaius C. I, § 6) rendait à son entrée en charge. L'édit de Cicéron, lors de son proconsulat de Cilicie, permettait aux Grecs de sa province de trancher leurs procès conformément à leurs lois nationales et reproduisait en plusieurs points l'édit du préteur urbain (Cicéron *ad Att.* V, 1).

L'*edictum provinciale* a été l'objet d'un commentaire de Gaius dont de nombreux fragments nous ont été conservés dans le Digeste.

La coexistence, sur le territoire soumis à Rome, de lois privées romaines et pérégrines fait comprendre la possibilité de nombreux conflits de législation. Non pas lorsqu'un étranger invoquait le *jus gentium*, droit uniforme pour tous, s'appliquant de la même manière au citoyen comme au pérégrin, mais lorsqu'une personne dépendant d'une *civitas* ayant son droit propre où un provincial se prévalait de sa loi particulière, soit à l'égard d'un citoyen Romain, soit à l'égard du ressortissant d'une autre province ou d'un membre d'une autre cité.

Ce qui étonne, c'est la rareté des sources sur la question. Quant à la compilation de Justinien, c'est à peine si, sous les noms de *mores*, *consuetudines*, *privilegia*, elle nous présente quelques traces d'un droit privé distinct de celui de Rome. En voilà la raison. Sous ce prince, le *jus provinciale,* comme les droits locaux, avait disparu, et

l'Empire tout entier était régi par le droit Romain. Aussi les auteurs du Digeste et du Code durent-ils écarter les textes qui rappelaient des législations abolies (1).

Une des causes qui amena l'abolition des lois particulières des peuples et des cités pérégrines fut la diffusion du *jus civitatis*.

Déjà en 416, une partie des *Latini veteres* avaient obtenu le droit de cité. A la suite de la guerre sociale, en 664, un *lex Julia* autorisa les Latins, les Ombriens et les Etrusques à prendre la qualité de *populi fundi*, ce qui entraînait l'obligation de suivre désormais le droit Romain. En 665, une loi *Plautia Papiria*, plébiscite, accorda la cité Romaine à tous les alliés faisant partie d'une *civitas fœderata*, ayant leur domicile en Italie au moment de la promulgation de la loi, qui déclaraient dans les soixante jours devant les magistrats qu'ils adoptaient le droit civil Romain. A la fin de la République, toute l'Italie avait le *jus civitatis*.

Il arrivait déjà sous la République que le droit de cité fût accordé, soit en partie, soit en entier, à des individus ou à des cités de province. Les premiers Empereurs ne le concédaient que difficilement, mais Claude le donna à la Lugdunaise, Néron à la Grèce et Marc-Aurèle en favorisa considérablement l'acquisition. Il suffisait de le demander et de payer une certaine somme (Sextus Aurelius Victor. de Cœs. Rom. XVII). Enfin, par une constitution (Nov. 78, chap. V) faussement attribuée par Justinien à Antonin le Pieux, mais rendue par Antonin Caracalla, le *jus civitatis* fut accordé en 212 à tout l'Empire.

Caracalla, d'après Dion Cassius (LXXVIII, 12), aurait été guidé dans cette mesure par des motifs purement pécu-

(1) De Savigny. *Hist. du Droit Romain au Moyen-Age.* — Trad. Guenoux t. I, p. 34-35.

niaires; un impôt d'un vingtième frappait toute succession laissée par un citoyen (*vicesima hereditatis*) et tout affranchissement fait par lui (*vicesima manumissionis*). Les habitants des provinces n'étaient pas soumis à cet impôt. Caracalla le doubla, et pour multiplier le nombre des contribuables, l'empereur donna la cité à tous ses sujets. Son successeur, Opilius Macrinius, ramena l'impôt à son chiffre primitif, mais la concession du *jus civitatis* demeura définitive.

Quelle fut l'étendue de cette concession? Il est tout d'abord certain qu'elle ne vise ni les esclaves, ni les personnes ayant perdu la cité à la suite d'une condamnation, ni les Latins juniens, ni les déditices. Mais Caracalla disposa-t-il pour l'avenir, de façon que tout peuple nouvellement soumis obtenait le droit de cité, par son incorporation même à l'empire? Nous ne le croyons pas. Caracalla ne pouvait avoir en vue des peuples avec lesquels il était peut-être actuellement en guerre, et il se préoccupait plus de se procurer des ressources présentes que de fixer le sort des futurs conquis.

On trouve, du reste, des constitutions postérieures à Caracalla qui donnent le droit de cité à de nouveaux sujets (Code Théodosien, L. I, VIII).

Sous Justinien, tout sujet de l'Empire est citoyen. Les Latins Juniens et les affranchis déditice disparaissaient sous ce prince (1). Il ne reste de non-citoyens soumis à l'empereur, en dehors de certains barbares lœti, fœderati, dediticii, admis à se fixer sur le sol romain, que les condamnés à une peine emportant perte de la cité.

Il en résulte qu'à l'époque de Justinien le droit romain était le seul appliqué sur toute l'étendue de l'Empire. Le plus souvent, en effet, l'obligation d'adopter le droit de

---

(1) *L. unic. C. de dedit. lib. L. unic. C. de Lat. lib.*

Rome était la suite nécessaire de l'obtention du droit de cité. C'est ainsi que les *lois Julia* et *Plautia Papiria* imposèrent cette condition aux Italiens et que, au temps de Cicéron, il était généralement admis qu'une cité ne pouvait acquérir le *jus civitatis* sans devenir *populus fundus* (Cicéron, *pro Balbo,* ch. 23). Il est vrai que Cicéron combat cette opinion.

La constitution de Caracalla entraîna-t-elle l'obligation de suivre les lois de Rome? Nous ne pouvons l'affirmer (1). Mais il est légitime de penser que le droit romain, le *jus civile* comme le *jus gentium,* devint la loi générale de l'Etat tout entier et dut être appelé à régler les relations entre toutes personnes appartenant à des villes ou des communes différentes.

Mais quand le christianisme devint la religion universelle de l'Empire, que les cultes particuliers de chaque cité eurent disparu, il se forma une communauté d'idées d'où devait naître une communauté de droit.

D'autre part, le droit romain, pendant son originalité primitive, était venu se fondre dans le jus gentium. Dans

(1) Des textes témoignent de la persistance, après la *lex Antoniniana*, même jusqu'à Justinien, de certaines lois locales relatives en général à des questions d'organisation religieuse ou de police municipale (Dig. 3, § 5. XLVII, 12. — 3, § 4, XLIII, 24. — Const. de Dioclétien et de Maximien, Code 4, XI, 29. — Théodose et Valentinien, 1, XI, 2). Mais ayant trait quelquefois à des matières de droit privé, 1, XI, 31. — Papinien : liv. 10, Resp. (D. 37, XLII, 5). Paul : liv. 1, Resp. (Dig. 21, § 7, L, 1). — Dioclet. et Maxim. (Code 1, VIII, 49).

Le plus souvent c'étaient des privilèges accordés expressément ou reconnus tacitement à certains pays ou certaines cités. Modestin : liv. 2. *Escus.* (Dig. 6, § 14, XXVII, 1). Dioclétien et Maximien (Code 9, VI, 23). — Ulpien : l. 25, *ad Sab.* (Dig. 55, § 5 et 6, XXII, 1). — *Claud. Saturn. lib. sing. de Pæn. Pagan.* (Dig. 16, § 1, XLVIII, 19).

Ces lois locales avaient un caractère exceptionnel, ne visant que des points de droit isolés. (Valérien et Gallien ; Code 2, VI, 32). — Remarquons la constitution de Justinien (Code 31, VI, 23) de 534, qui dispense de l'observation des règles posées par lui pour la confection des testaments, les pays *in quibus rara inveniantur litterati,* et autorise les *rusticani antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere* (Voir Voigt : II, § 108, p. 786 et suiv.).



la législation de Justinien, on ne retrouve plus un grand nombre d'institutions de l'ancien droit civil romain : d'autres ont été remplacées par des institutions du droit des gens ou se sont combinées avec elles. Plus de *res mancipi*, plus de distinction entre le domaine bonitaire et le domaine quiritaire, entre le *dominium* des fond italiques et la *proprietas* des fonds provinciaux. L'*usucapion* et la *præscriptio longi temporis* combinent leurs règles ; l'agnation fait place à la cognation qui devient la base du régime successoral *ab intestat*.

Le droit romain dépouillé de tout son antique formalisme qui le compliquait arbitrairement était devenu plus souple, plus pratique (1). Quoi d'étonnant à ce que tous les sujets de l'Empire devenus citoyens, ayant Rome pour patrie commune, partageant les mêmes croyances, aient abandonné leurs lois particulières pour suivre désormais le droit romain (2) ?

---

(1) Théodore Mazeroll : *l. c.*, p. 37.

(2) D'après de Savigny : *Hist. du Dr. Romain au Moyen-Age*, p. 35. L'abandon des droits locaux aurait été antérieur à Constantin.

CHAPITRE II

PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUI TROUVERAIENT LEUR ORIGINE DANS LE DROIT ROMAIN

Les théories de droit international privé que l'on a voulu rattacher au droit romain sont relatives : à la forme des actes juridiques, aux effets des obligations, à la loi qui doit régler les successions *ab intestat* ou testamentaire, et à celle appelée à régir les conséquences du mariage.

(1) Forme des actes juridiques.

Il est un principe généralement admis de nos jours, bien qu'il y ait des divergences d'opinion sur l'étendue à lui donner, c'est que la forme d'un acte juridique, c'est-à-dire, tout ce qui le constate, tout ce qui constitue *sa visibilité* (1), est déterminé par la loi du lieu où il est passé : *Locus regit actum.*

Cette règle se trouve-t-elle dans le droit romain ? On l'a soutenu et on s'est appuyé sur un certain nombre de textes.

On peut les ranger en deux catégories :

Les premiers, disons-le tout de suite, se bornent à renvoyer pour l'interprétation d'un acte juridique, aux coutumes de fait non au droit particulier du lieu où il a été conclu.

Telle est la loi 34 de reg. juris (L. L., titre 28 au Digeste) dont voici le sens :

---

(1) Ihering : *Esprit du Droit Romain*, t. III, p. 159. (Despagnet, *l. c.* p. 271. n. 264).



Les parties ne se sont pas clairement expliquées sur les effets qu'elles entendaient donner au contrat qu'elles ont conclu : Il y a lieu d'interpréter leur volonté à cet égard et cela d'après les usages de fait du lieu où le contrat est passé, car c'est à ces usages que les parties ont eu probablement l'intention de se référer.

Malgré la généralité de ces termes, la loi 34 ne saurait être relative à la forme du contrat, car elle pose une règle d'interprétation de volonté. Or, ce qui dépend de la volonté des contractants, c'est la matière même de la convention, la nature et l'étendue des engagements qui doivent en naître, mais non la forme de l'acte. Sans doute, il est possible d'admettre la liberté pour les contractants de suivre à leur choix les formalités prescrites, soit par leur loi nationale, soit par la *lex loci contractus,* soit par la *lex loci executionis.* Mais c'est l'une ou l'autre de ces lois qui devra être observée en bloc. Il ne peut se poser là de question de plus ou de moins qui, en l'absence de déclaration expresse des parties, puisse prêter à une interprétation de leur volonté probable. La forme des actes est *quæstio juris* la matière des conventions est *quæstio facti* (1).

De plus, la loi 34 ne vise en rien des lois locales, mais simplement des usages de fait pratiqués dans le lieu du contrat : *quod frequentatur.* Les termes employés dans ce texte le prouvent clairement et la fin de cette loi ne peut laisser aucun doute. *Quid ergo si neque regionis mos appareat quià varius fuit ? ad id quod minimum est redigenda summa est* (2).

(1) Zachariæ : Uber das Rechtregel, *Locus regit actum.* Chemis Allemande, 1829, t. II, p. 104. — Duguit : *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils,* p. 11.

(2) Duguit, *loc. cit.,* p. 9 à 16. Despagnet, *loc. cit.,* p. 272. Voigt, *Dos jus natu-*

En définitive la loi 34 de *regulis juris* poserait la même règle d'interprétation que celle que nous trouvons dans notre Code civil, article 1159. « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé. » La loi 1, *de usuris fructibus*, qu'on a considérée aussi comme présentant une application de la règle *locus regit actum,* ne ferait que reproduire en un cas particulier (fixation des intérêts moratoires) le principe contenu dans cette loi 34 (1).

Les textes de la deuxième catégorie sont empruntés au Code. Ce sont deux constitutions de Dioclétien et de Maximien (l. 1, pr. *de emancip. liberorum*, *l.* 9. *de testam.*) et une de Valérien et de Gallien (loi 2, *Quemad. test. aperiantur*) postérieures à l'édit de Caracalla et à la concession du droit de cité à tous les sujets de l'Empire.

Ces textes, à la différence des premiers, ont trait à de véritables droits locaux : mais présentent-ils des conflits de législations ? Non, car il n'y a de conflit de lois et par suite application possible de la règle *locus regit actum*

---

rale æquum et bonum der Ræmer, considère ce texte comme relatif à un simple usage de la vie. (IV, Sup. XVI, p. 297).

(1) Nous faisons une réserve pour la loi 6 *de evictionibus* (Gaius, l. 10 *ad edict. prov.*). Ce texte, à notre avis, et contrairement à ce que soutient M. de Savigny (*Système,* § 356) est bien relatif à un droit local, non pas à un simple usage de fait. Il signifie que la loi du lieu de la vente déterminera, en même temps, la forme et l'étendue de la caution à fournir pour le cas d'éviction. Néanmoins il ne prouve nullement que la règle *locus regit actum* fût admise en droit romain, car, comme nous allons le dire, le testament est régi quant à sa forme et à son fond, par la loi personnelle du testateur (Ulp. : R. XX, 14) et nous montrerons plus tard (voir chap. 3) des exemples de prêts à intérêts, contractés à Rome, et constatés par *syngrapha,* écrits qui comme l'atteste Gaius (C. II, p. 134), sont de droit pérégrin (Cicéron, *ad Atticum,* V. 21, 10, *ad Fam.* VIII, 2, 2, 7, 5. 8, 10. — *de Harusp. resp.*, 13, 59, etc.).

La loi 6 *de evictionibus* viendrait simplement à l'appui de la proposition d'après laquelle, chez les Romains, les règles de fond et de forme se confondaient et étaient régies par la même loi. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette loi 6 et notamment de démontrer qu'elle vise véritablement un droit coutumier.

qu'autant qu'il existe une opposition, au point de vue des formalités exigées, entre le droit particulier du lieu où le contrat est passé et la loi personnelle des parties, ou la *lex loci executionis* Or, aucun des textes précités n'établit cette opposition de droits locaux différents.

La loi 1 *pr.* (*de emancipat. liberorum*) se place dans l'hypothèse suivante. Un père émancipe son fils devant les magistrats d'un municipe autre que le sien. L'émancipation est-elle valable? La question faisait doute, car les magistrats municipaux n'avaient pas toujours le droit de *lege agere,* c'est-à-dire de présider aux formalités des *legis actiones*, qui se retrouvaient dans l'affranchissement ou les affranchissements *vindictâ* qui accompagnaient toute émancipation (Gaius, C. I, § 132. — Inst. I, § 6) et, en principe, ils ne pouvaient exercer ce droit qu'à l'égard des habitants du municipe où ils exerçaient leurs fonctions (1).

Aussi les empereurs Dioclétien et Maximien n'admettent-ils la validité de l'émancipation qu'autant que le droit local accorde aux magistrats du municipe le pouvoir d'émanciper les enfants d'étranger. Il n'est donc pas question de conflit de lois, ni de la forme des actes juridiques (2).

D'après la loi 2 *Quemad. test. ap.* un père de famille remet à son fils son testament en le chargeant de le rapporter dans sa *civitas* pour y faire procéder à son insinuation. Les empereurs Valérien et Gallien décident que le fils pourra porter dans cette *civitas* le testament de son père et que l'insinuation s'en fera *secundum leges moresque locorum*. Mais on ne peut voir dans ce texte

(1) C'est ainsi qu'il paraît résulter de la loi de Salpensa (chap. XXVIII) que les magistrats de cette colonie latine ne pouvaient présider qu'aux affranchissements accomplis par les citoyens de Salpensa. Bruns, *loc. cit.*, p. 140.

(2) De Savigny : *Syst.*, t. VIII, § 382, p. 357. — Duguit : *op. cit.*, p. 9, 14.

d'opposition de droits locaux au sujet de la forme d'un même acte. Le testament a été fait par le père conformément à la loi de sa *civitas,* c'est suivant cette loi que l'insinuation est faite. La seule conséquence qu'on peut tirer de ce texte, c'est que les actes juridiques sont soumis au droit local (1), ce qui est une règle incontestable comme nous l'exposerons plus loin.

La loi 9 de Testamentis (C. VI. 23) est plus spécieuse. On a contrevenu à cette règle de droit qui exige que le testament soit fait en présence même des témoins. Patroclia, probablement l'héritière instituée, consulte les empereurs Dioclétien et Maximien sur la valeur d'un tel acte. Les empereurs répondent qu'il est nul, *nisi speciali privilegio patriæ tuæ juris observatio relaxata est.*

Si ce texte nous disait que la *patria* du testateur est différente de celle de l'héritière Patroclia, et que c'est dans la *patria* de cette dernière que le testament a été rédigé, il n'est pas douteux que nous nous trouverions en présence d'une application de la règle *locus regit actum* (arg. des mots *speciali privilegio patriæ tuæ*). Mais dans le texte on ne s'occupe que de la *patria* de Patroclia, et il n'est pas question de celle du testateur, ni du lieu où il a testé. Il est donc logique de penser que la *patria* de l'auteur du testament et que le lieu où on a procédé à la rédaction de ce dernier, se confondent avec la *patria* de l'héritière (2).

Remarquons que c'est précisément sur la loi 9 de Testamentis au Code que Cujas s'appuyait pour repousser la règle *locus regit actum* (Cujas. Controversiæ, l. 5 cap. 91).

Nous concluerons donc de cette loi 9 *de Testamentis*

(1) De Savigny. *Système.* t. VIII, § 382, p. 357

(2) De Savigny : *Syst.,* t. VIII, § 382, p. 358. — Duguit : *op. cit.,* 9 à 16. — Fœlix : *loc. cit.,* t. II, p. 166.

qu'un testament est valable pourvu qu'il soit accompli conformément à la loi de la *civitas* du testateur. Cette proposition trouve sa confirmation, pour la période classique, dans la loi 8 pr. Dig. L. XXVIII, 1 qui, nous présentant comme nul le testament du citoyen fait chez les hostes, nous indique *a contrario* que le Romain peut faire son testament *jure civile* même hors de Rome, chez toute nation non *hostis;* et dans le § 14 titre XX des règles d'Ulpien dont les termes généraux, *ut secundum leges civitatis suæ testetur,* prouvent que le pérégrin peut tester hors de sa *civitas,* conformément au droit de cette dernière.

La vérité est que les Romains n'ont pas distingué dans les actes juridiques les règles de forme de celles de fond, mais ont fait dépendre les unes et les autres de la même loi. Nous montrerons dans notre troisième chapitre quelle était cette loi unique.

(2) Obligations.

Les obligations, en tant qu'il s'agit de déterminer leurs effets, sont l'occasion de nombreux conflits de législation, à cause de la multiplicité des lois qui peuvent se trouver en opposition. Un contrat, par exemple, est formé entre personnes de nationalités différentes, en dehors de leur patrie respective, et il doit être exécuté dans un autre pays ayant un droit particulier. D'après quels principes juridiques réglera-t-on l'étendue et la nature des engagements qui pourront en naître ?

Dans les conventions, il est admis que les parties ont toute liberté, sauf les restrictions d'ordre public, pour déterminer leurs effets comme elles l'entendent. En vertu de ce principe d'autonomie (1), si elles se sont formellement

(1) Wachter : *Archiv. für die civil. praxis*, t. XXV, p. 38. Despagnet : *loc. cit.*, n° 403, p. 395.

exprimées sur la loi qu'elles comptent suivre, on devra se conformer à leur volonté. Mais si elles n'ont pas indiqué, d'une manière précise, la loi à laquelle elles ont entendu se référer, il y aura lieu d'interpréter leur volonté tacite, et de rechercher le droit local auquel elles ont eu l'intention probable de soumettre leur convention.

C'est à propos de cette interprétation que les systèmes des auteurs sont nombreux et différents.

Nous nous contenterons de présenter celle de ces opinions qu'on a tenté de justifier par le droit romain.

Lex loci executionis. — De Savigny, considérant, d'une part, que la naissance de l'obligation est un fait accidentel, fugitif, *étranger à son essence comme à son développement et à son efficacité ultérieures* (1) et constatant, d'autre part, un lien étroit entre la juridiction de l'obligation et le droit local qui doit la régir, car ils proviennent l'un et l'autre d'une *soumission volontaire à deux branches différentes des pouvoirs publics* (De Savigny, § 369, p. 201), établit au lieu de son exécution la loi de l'obligation, car c'est là, d'après lui, que se trouve placée la juridiction appelée à en connaître.

Il arrivera néanmoins que la juridiction du contrat ou du quasi contrat coïncidera avec le lieu de sa formation : mais il n'en sera ainsi que si, par la nécessité des choses, ou d'après l'intention des parties, ce lieu se trouve être précisément le *locus executionis*.

De là les cinq règles suivantes :

La juridiction et le droit local se placeront :

1° Quand il y a un lieu fixé pour l'accomplissement de l'obligation, dans le lieu de l'accomplissement (L. 19, § 4, *de jud.* (V. 1), Ulpien : L. 60, *ad Ed.* — L. 21, *de oblig. et act.* (XLIV, 7), Julien : liv. 3, *ex Minucio.* — L. 1, *de eo quod certo loco* (XIII, 4), Gaius : liv. 9, *ad Ed. pror.*).

(1) De Savigny : *loc. cit.*, § 370, p. 205.

2° Quand l'obligation se rattache à une gestion d'affaires entreprise par le débiteur, dans le lieu où est le siège permanent de cette gestion (Par gestion d'affaires, de Savigny entend une activité continue du débiteur, activité se soutenant toujours pendant un temps assez long, s'exerçant dans un lieu déterminé et susceptible de faire naître des obligations L. 19, § 1, *de jud.* (V, 1). — L. 36, § 1, *eod.* Julien, cité par Callistr., liv. 3, *ex Minucio.* — L. 4, § 5, *de edendo* (II, 15), Ulpien : liv. 4, *ad edict.* — L. 54, § 1 (III, 3), Paul : liv. 50, *ad Ed.* — L. 1, *ubi de ratio* (VIII, 13), Code (Zénon).

3° Quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur en son domicile, dans le lieu où l'acte aura été fait, de sorte qu'un changement ultérieur de domicile n'a ici aucune influence.

L. 19. § 2 *de jud.* (V. 1). — L. 1 *de jurisd.* Code (III, 17). (Antonin le Pieux. — L. 45 *de jud.* (V. 1). Papinien : *liv. 3* resp.).

4° Quand l'obligation résulte d'un acte particulier fait par le débiteur, hors de son domicile, dans un lieu qui, d'après les circonstances, doit être aussi celui de l'exécution, dans le lieu où l'acte à été fait.

(L. 19. § 2 *de jud.* (V. 1) Ulp. : L. 60, *ad Edict.* L. 1, Code *de nund.* (IV. 60) (Valens et Valentinien).

5° Enfin en dehors de toutes ces hypothèses au domicile du débiteur (1).

Liv. 65 *de jud.* (V. I) Ulp : Liv. 34 *ad Edict.*

Nous reconnaissons avec de Savigny la relation qui doit exister entre le droit local et la juridiction locale, mais les textes cités plus haut ne nous paraissent pas décisifs. Sans doute les lois 19 § 4 *de judiciis* 21, *de obligationibus et act.* 1 *de eo quod certo loco* placent le *forum* du contrat au

(1) De Savigny : *Systèmes,* t. VIII, § 372, p. 244-237.

lieu de son exécution, mais il nous semble que de Savigny s'est trompé sur le principe et que la règle générale qu'il pose n'est pas justifiée. Pour nous, les Romains ont fait régir le lien obligatoire, qu'il soit né d'un contrat ou, en dehors de toute convention, d'un quasi contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, par la loi du lieu de sa formation, de même que c'est dans ce dernier endroit que se plaçait le tribunal devant lequel l'action devait être portée.

Cette théorie, que nous essairons d'établir par les sources mêmes qui ont servi à édifier le système contraire et que nous appuierons sur d'autres textes qui, à nos yeux, soumettent directement l'obligation à *lex loci contractus* trouvera sa place dans notre troisième chapitre, car elle se relie intimement au système général suivi par les Romains dans la solution des collisions des lois.

Disons tout de suite, néanmoins, que c'est à tort que la loi 8 *mandati vel contra* (Dig. XVII, 1) a été citée en faveur de la *lex loci contractûs*.

L'ensemble du texte prouve qu'on y prévoit tout autre chose qu'un conflit de droits locaux.

Voici ce dont il s'agit : une personne a constitué un *procurator ad litem* et lui a confié des pièces relatives à sa cause. Le *procurator* refuse de les lui rendre. Par quelle action agira-t-on contre lui? Sera-ce par l'action de mandat ou celle de dépôt? Labéon, dit Ulpien, donne l'action *mandati,* car c'est là le contrat primitif, en vertu duquel on doit agir, *unius cujusque contractûs initium spectandum est et causam*. Ainsi on doit se reporter au moment même de la naissance du contrat pour déterminer son véritable caractère; mais rien ne peut nous faire croire que Labéon fasse régir le contrat lui-même par le droit du lieu où il s'est formé (1).

(1) Contrà Desp. *l. c.,* p. 398, nº 405.

(3) **Successions.**

On connaît la théorie des jurisconsultes statutaires qui règlent la succession des immeubles du défunt d'après la loi du lieu où ils sont situés. *Quot sunt bona in diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia.* Ce système, d'après eux, trouverait sa justification dans le droit romain (1).

Mais les textes invoqués sont complètement étrangers à la matière. Il n'y est même pas question de véritables collision de droits particuliers s'élevant à l'occasion d'une succession.

C'est ainsi que la loi 19 *de Judiciis* (V. 1) Digeste, se borne a établir pour certaines obligations, à côté du *forum executionis,* la compétence du *forum domicilii* du débiteur; que la loi 84 *de legatis* III, L. XXXII, D. ne fait qu'indiquer que le legs d'objets situés à Rome comprend tous ceux qui, *custodiæ causâ,* sont déposés dans des greniers hors de la ville; que la loi unique *ubi de hereditate* Code (III, 28), décide que l'envoi en possession doit être demandé par les héritiers, là où existent les biens héréditaires, tandis que les contestations relatives à la succession doivent être tranchées par le tribunal du domicile du défendeur ou celui de la situation des biens, si c'est dans ce lieu qu'habite le défendeur.

Il suffit enfin de lire des lois 242 § ult., L. 14. Dig. — 1, 2, 3 *ubi in rem actio* Code, pour reconnaître qu'elles n'ont aucun rapport avec la règle *Quot sunt bona.*

Du reste, il est impossible de concilier la théorie statutaire avec l'idée que se faisaient les Romains du patrimoine et de sa dévolution. Pour eux le patrimoine était un tout idéal comprenant des biens corporels, des créances et des dettes, mais distinct des éléments qui

---

(1) Pasquale-Fiore : *droit international privé,* p. 596, note 3).

pouvaient le composer et insusceptible d'être localisé dans un endroit déterminé. Il se confondait, en quelque sorte, avec la personnalité du défunt et semblait la continuer après sa mort : *hereditas sustinet personam defuncti* (1).

La succession, *c'est-à-dire* la dévolution du patrimoine de cette *universitas juris*, de ce tout (*as*), d'après la volonté présumée du *pater familias*, volonté qui vraisemblablement ne variait pas d'un lieu à un autre suivant la situation des biens, devait être réglée par une seule loi, la loi personnelle du défunt (Despagnet, *loc. cit.*, p. 479).

(4) Testaments.

D'après un certain nombre d'auteurs Fœlix, notamment, c'est d'après la loi du domicile du testateur qu'on doit déterminer la substance des dispositions testamentaires contenues dans un testament et leur interprétation (1). Cette règle serait inscrite dans le droit romain.

Mais les textes qui ont été proposés (L. 21, § 1, *qui test, facere pos.* D. XXXIII, 1. — L. 50, § 3 *de legatis,* 1, XXX. — L. 75 *de legatis* III, XXXII), montrent simplement comment les dispositions testamentaires douteuses (détermination de l'espèce ou du nombre des écus légués) doivent être expliquées, soit d'après les habitudes du testateur, soit d'après les autres libéralités contenues dans le testament, soit d'après les usages locaux : *ex consuetudine patrisfamiliâs, ex regionis unde fuit* (*more*) *ex testamenti contextu*. (L. 75 *de legatis,* III). Aucun d'eux n'est relatif à la loi générale qui organisera la substance même du testament, pour le mode d'institution des héri-

(1) L. 31, § 1, *de hered. instituend.* L. XXVIII, 5. D. Savigny, *loc. cit.*, § 385, p. 292-293.

(1) Fœlix, *l. c.*, t. II, p. 260.

tiers et légataires, la révocation et la caducité des legs, etc., et ne présente trace d'un conflit quelconque de lois locales.

Du reste, il est sans aucun doute que les Romains réglaient les successions testamentaires d'après la loi personnelle du testateur : c'est ce qui résulte de ce que nous avons dit plus haut, au sujet de la règle *locus regit actum* (Ulp. XX, 14). Nous montrerons tout-à-l'heure que cette loi personnelle pouvait être soit la *lex originis*, soit la *lex domicilii* du défunt : en ce dernier sens, la théorie de Fœlix se rattache bien au droit romain : mais les textes qu'il cite ne sauraient venir à l'appui de sa thèse.

(5). **Effets du mariage.**

De Savigny, considérant que c'est au domicile du mari, chef de la famille, que se trouve le siège du lien conjugal, fait dépendre de la loi du domicile du mari, non-seulement les effets civils du mariage, mais aussi ses conséquences pécuniaires, par exemple, la soumission des époux à tel ou tel régime matrimonial (de Savigny, *loc. cit.*, §389, p. 320-322).

De Savigny trouve une preuve de cette prééminence du domicile du mari comme siège du lien conjugal dans la loi V *de Ritu nupt.*, XXIII, 2, D. : *Deductione enim opus esse in mariti non uxoris domum* QUASI IN DOMICILIUM MATRIMONIUM.

C'est, croyons-nous, donner au terme *domicilium matrimonium* une importance qu'il n'a pas. La loi V *de Ritu nupt.* signifie simplement que, dans le cas où le mari est absent, le mariage conclu *per litteras vel nuntium* est parfait, pourvu que la femme soit conduite (*deducta*) dans la maison du mari.

C'était une conséquence de cette idée romaine qu'il n'y

avait de mariage possible qu'autant que la femme était à la disposition physique du mari (Accarias, *loc. cit.*, p. 176). Cette condition était remplie quand la femme était conduite dans la maison de son mari absent; c'était, en effet, là que le mari était attendu, là que la cohabitation devait se produire *quasi domicilium matrimonium*.

Les lois 65 *de judiciis* — 13 *de dignitatibus*, ont été aussi invoquées en faveur de la *lex domicilii mariti*. Mais la loi 65 *de jud.*, Dig., V, 1, porte simplement que la femme doit exiger sa dot au domicile du mari, non au lieu où l'*instrumentum dotale* a été rédigé, et il résulte uniquement de la loi 13 *de dignitatibus*, Code, XI, 77, que la femme prend la condition et le domicile de son mari.

Nous indiquerons bientôt quelle était la véritable loi appliquée par les Romains aux effets du mariage.

CHAPITRE III

DES RÈGLES SUIVIES DANS LA SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS CHEZ LES ROMAINS

Introduction.

Il est un principe que les Romains n'abandonnèrent jamais complètement, celui de l'exclusion du *forum romanum* des lois particulières des peuples indépendants (Voigt : *l. c.,* II § 8. II § 90, p. 695) (1).

De là, étant donnée cette autre règle qui, comme nous l'avons vu, refusait à l'étranger toute participation au droit de la cité, la nécessité de recourir à des traités concédant à des peuples alliés soit l'*hospitium publicum*, soit les capacités juridiques comprises dans les notions de *commercium, connubium et recuperatio*.

Il est vrai que Gaius (C. I. § 92. 189. 193. 198. C. III. 96, 120, 134) et Ulpien (Reg. XX, 14) reconnaissent dans certains cas l'admission de lois de *civitates* pérégrines et que des documents rapportent des exemples d'affranchissements accomplis suivant la loi du *manumissor peregrinus* (Bœcker, C. I. G. II. p. 1005 n° 2114. B. b). Mais

(1) A titre exceptionnel, il arriva qu'on admit devant les tribunaux de Rome l'observation des lois de nations indépendantes. C'est ainsi qu'un *Senatus Consulte* de 561 permit aux débiteurs citoyens poursuivis par leurs créanciers *socii* ou *latini* de choisir le droit d'après lequel ils désiraient être jugés : soit, par suite, le *jus civile romanum,* soit le *jus civile* particulier du *socius* créancier. Un autre exemple est fourni par le *Senatus Consulte* de 676 rendu en faveur d'*Asclepiade de Clasomène* (*libera civitas* de Lydie) *Meniscus de Milet* (*libera civitas* de Carie et de leur compagnon, Polystrate de Caryste : mais il se réfère à une époque où probablement les lois des *liberæ civitates* de l'*Orbis Romanus* commençaient à avoir accès devant les juridictions romaines (Voigt : *l. c.,* IV. Suppl. XII, § 31.— II § 90 p. 695-697.



il ressort de Pline le Jeune (Lettre X, 109, 110) qui mentionne les règles locales relatives aux choses vacantes et aux privilèges des cités, en cas de déconfiture de leurs débiteurs et de Papinien (D. 42, 5, 37) qui en donne un exemple pour la ville d'Antioche, qu'il ne s'agit que des *liberæ civitates* de *l'Orbis Romanus* (*civitates fœderatæ et civitates liberæ et immunes* englobées dans les provinces) dont l'indépendance, du reste, reconnue en droit, était en fait bien précaire,un acte unilatéral de l'empereur pour les *civitates fœderatæ,* une loi ou un *Senatus Consulte* pour les *civitates liberæ,* pouvant d'un instant à l'autre leur enlever leur liberté (Marquardt : *l. c.,* p. 74, p. 77).

De là il résulte qu'il n'y avait de conflit possible qu'entre les divers droits locaux, en usage dans les limites de l'empire romain, puisque les jurisconsultes n'eurent jamais à se préoccuper des lois particulières des nations étrangères comprises en dehors de ces limites : d'où on peut reconnaître une certaine analogie avec ce qui se passait à l'époque des jurisconsultes statutaires, car ceux-ci se sont surtout appliqués à résoudre les collisions des différentes coutumes admises à l'intérieur des frontières d'un même Etat.

Théorie de Savigny

D'après de Savigny (§ 346, p. 20), le motif qui limiterait et déterminerait la communauté du droit entre les individus dans les limites de l'empire romain, serait le territoire de la cité. Le sol de tout l'Empire, à part l'Afrique, qui comprenait de vastes pâturages (*saltus*) ne dépendant d'aucune circonscription communale, et l'Egypte, qui avait une organisation administrative particulière, aurait été divisé entre une foule de communes urbaines comprenant, comme dépendances, des bourgs (*vici*) de moindre importance. (§ 351, p. 46-48).

S'appuyant sur des textes du Digeste et du Code (Dig. titre *ad municipalem,* L. 1) (Code, *de municipibus,* X, 38, *de incolis,* X, 39), de Savigny nous indique d'une façon précise comment chaque personne pouvait se rattacher à une de ces communes urbaines (*civitas* ou *respublica*) soit par le droit de bourgeoisie (*origo*) soit par le domicile.

Nous donnerons brièvement quelques détails sur l'*origo* et sur le domicile, à cause des conséquences que le savant Romaniste attribue à cette dépendance d'une cité déterminée.

Le mode normal d'acquisition du droit de bourgeoisie est la naissance (*origo*), aussi a-t-elle donné son nom à la relation existant entre un individu et la ville dont il est originaire, relation également désignée par le mot *patria* (1). Tandis que l'enfant né d'un mariage régulier (*justum matrimonium*) ce qui supose nécessairement le père citoyen romain, acquiert l'*origo* de son père seul (L. 1, § 2, *ad mun.* L. 1. — L. 3, C. *de muneribus,* X, 38) l'enfant *vulgo conceptus,* ou né d'un mariage du droit des gens, suit l'*origo* de sa mère (L. 1, § 2, L. 9 *ad mun.* L. 1). Néanmoins les femmes originaires de certaines cités, auxquelles on a concédé ce privilége spécial, transmettent leur *origo* même aux enfants qu'elles ont eus *ex justis nuptiis* (2).

C'est ce que dit la loi 1 § 2 (*ad mun.*). Bien que ce texte

---

(1) Comme en définitive le *jus Romanæ civitatis*, n'était autre chose que le droit de bourgeoisie de la ville de Rome, à la suite de l'édit de Caracalla de 212, tous les habitants de l'Empire eurent dès lors deux origines au moins : celle de Rome et celle de la commune qu'ils habitaient. C'est ce que marque Modestin (L. 33, *ad mun.* L. I). *Roma communis nostra patria est.* De même Cicéron parlant des Italiens, après les *leges de civitate* de 664-665 s'exprime en ces termes *(de legibus II, 2) Omnibus municipibus duas censeo esse patrias, unam naturæ, alteram civitatis, habuit alteram loci patriam, alteram juris* (de Savigny, *l. c.,* § 352, p. 58, note h).

(2) Ce principe se retrouvait fréquemment, paraît-il, dans les Etats grecs (Polybe, XII, 5 et 6), voir Voigt, *loc. cit.*, II, p. 425, note 535.



ne s'en explique pas clairement, tout porte à croire que l'enfant cumulait alors les origines de ses deux auteurs (de Sav. § 351, p. 49, note 1).

La naissance n'était pas la seule manière d'acquérir le droit de bourgeoisie : l'adoption, l'affranchissement (L. 1, pr. *ad mun.* L. 1) L. 7 C. de *incolis* (X 39) et l'*allectio* (L, 7 C. de *incolis* X, 39) avaient le même effet.

De l'adoption, nous n'avons rien à dire : l'adopté prend l'origo de l'adoptant, mais sans perdre, par là, l'origo qu'il avait antérieurement (L. 15 § 3, L. 17 § 9 *ad mun.* L. 1). L'émancipation, détruisant tous les effets de l'adoption, entraîne en même temps la perte de l'origo acquise par l'adopté (L. 16 *ad mun.* L. 1).

L'affranchissement ne conférait au *manumissus* le *jus originis* de son ancien maître qu'à la condition d'être régulier : si l'affranchi ne devenait que latin *junien* ou *deditice* il n'acquérait pas l'*origo* de son patron (§ 356, p. 87-88). Quand un esclave était affranchi par plusieurs maîtres il prenait l'*origo* de chacun de ces derniers (L. 6, § 3, L. 7, L. 22, pr., L. 27, pr., L. 37, § 1, *ad mun.,* L. 1, L. 3, § 8 *de mun.,* L. 4, L. 2, C. *de mun.,* X, 38).

La personne qui, par l'*origo*, se trouvait dépendre d'une commune urbaine était dite *civis* ou *municeps* de cette commune. Néanmoins le mot *civis* ayant une signification particulière et désignant, par opposition au Latin et au pérégrin, le citoyen romain, le terme *municeps* paraissait s'appliquer d'une façon générale au membre d'une cité quelconque : mais ce terme *municeps* lui-même était ainsi pris dans une acception bien différente de son sens originaire, comme il ressort de la loi 1, § 1, *ad mun.*, L. I,). Ulpien : L. 2, *ad edictum*. *Et propria quidem municipe appellantur muneris participes, recepti in civitatem ut munera nobiscum facerent ; sed nunc abusive municipes dicimus suæ cujusque civitatis cives, ut puta Campanos, Puteolanos.* » Donc au

temps d'Ulpien, le mot *municeps* est employé abusivement à deux points de vue : tout d'abord on ne l'applique plus exclusivement à la classe d'individus indiquée dans la loi 1, § 1, *ad mun.*, et, en second lieu, il désigne tout membre d'une commune urbaine que cette dernière soit un municipe, une colonie ou une préfecture (de Sav. : § 352, note 1).

Le femme acquérait-elle l'*origo* de son mari ? Ni la loi 1 *pr. ad mun.*, L. 1, ni la loi 7 *de incolis*, C. ne citent le mariage comme conférant le *jus originis*. Néanmoins on a invoqué la loi 37, § 2, *ad mun. Mulieres quæ in matrimonium se dederint non legitimum, non ibi muneribus fungendas, undè mariti earum sunt, sciendum est, sed undè ipsæ ortæ sunt ; idque divi fratres scripserunt*. Ce texte signifie-t-il réellement que l'*injusta uxor*, la femme unie par un *matrimonium juris gentium*, ne supporte pas les *munera* dans le *patria* de son mari, parcequ'elle ne prend pas l'*origo* de ce dernier, ce qui, par un raisonnement *a contrario* conduirait à admettre que la femme légitime, la *justa uxor*, acquérait cet *origo?* Nous ne le croyons pas. Le texte précité n'est, pensons-nous, relatif qu'au domicile et fait allusion à ce fait que le mari ne transmet pas son *domicilium* à la femme à laquelle il n'est unie que par un mariage du droit des gens ; tandis, au contraire, la *justa uxor* prend le domicile de son mari (L. 38, § 3, *ad mun.*, L. 1). Si la loi 37, § 2 semble se référer à l'*origo*, c'est qu'en général l'*origo* et le *domicilium* se confondaient, une personne étant ordinairement domiciliée dans le lieu dont elle était originaire.

On s'est également demandé si la théorie de l'*Origo* est spéciale à l'Italie ou si elle s'applique encore aux provinces. Les lois 1, § 2 — 37 *princip. ad mun.* qui l'étendent aux villes provinciales d'Ilion, de Delphes, du Pont, la loi 2 du Code, *de muner.* aux villes d'Aquitaine, paraissent résoudre

affirmativement la question. Mais on cite en revanche la loi 190 *de verborum signif.*, (Ulp. liv. 34 *ad edictum*). *Provinciales accipere debemus qui in provinciâ domicilium habent, non eos qui in provinciâ oriundi sunt.* Mais il ne faut pas attribuer à ce texte une portée qu'il n'a pas : il vise la prohibition de mariage qui frappe les gouverneurs de province avec les provinciales et décide que la prohibition est la même, que la femme ait dans la province son domicile ou son *origo* (de Savigny, § 352, p. 54, note).

Le domicile est le second lien qui rattache un individu à une commune urbaine. Il présente le même caractère que dans notre droit moderne : c'est le lieu où une personne a le siège de ses intérêts et où elle réside habituellement. En principe, le domicile est librement choisi (L. 31 *ad mun.*); néanmoins il est des cas où il est déterminé par le domicile d'une autre personne. C'est ainsi que la femme légitime comme nous venons de le voir, est domiciliée chez son mari (L. 5 *de ritu nupt.*, L. 65 *de jud.;* L. 38, § 3 *ad mun.;* L. 9, C. *de incolis;* L. 13, *de dignitatibus*) que les enfants légitimes le sont chez leur père (L. 3, L. 4. L. 6 § 1, L. 17 § 11 *ad mun.*) etc... (de Sav. 353, p. 65-66).

Rien ne s'opposait à ce qu'on cumulât plusieurs origines. Tout d'abord, par un acte de volonté unilatérale, on ne pouvait s'affranchir du *jus originis* antérieurement acquis par la naissance ou tout autre mode : de plus, nous avons montré que l'esclave affranchi par plusieurs maîtres prenait le *jus originis* de chacun de ses patrons (L. 6, § 3; L. 7, L. 22 *princip.*). De même il était possible d'avoir plusieurs domiciles (L. 5, L. 6, § 2; L. 27, § 2 *ad mun.* C.). Il pouvait même arriver, quoique le cas fût très rare, qu'on n'eût aucun domicile (loi 27, § 2 *ad mun.*).

Il nous est parlé, au Digeste et au Code, de l'influence u domicile et de l'*origo* à un double point de vue.

1° Pour fixer le lieu où doivent être supportées les *munera* (L. 239, § 3 *de verb. signif.* L. 18, § 28 C. *de mun.*) Qu'il s'agisse des *munera personalia* ou des *munera patrimonii*. Quant aux charges qui grevaient uniquement la propriété foncière, elles pesaient sur le fond, sans égard à la personne du propriétaire, qu'il fût ou non étranger (L. 6, § 5 *de mun.* L. 14, § 2. L. 18, § 21-25. L. 29-30 *eod.* etc.) (1).

2° Pour déterminer la juridiction. Toute personne peut être citée devant le *forum* de son *origo* ou celui de son *domicilium* (L. 29 *ad mun.*)

Il est vrai que les textes ne parlent que très rarement du *forum originis*, et que quand ils visent la juridiction personnelle à propos d'espèces particulières, il n'est toujours question que du *forum domicilii*.

M. de Savigny en donne la raison suivante. La théorie du *forum originis et du forum domicilii* n'aurait trouvé son application complète qu'en Italie et non dans les provinces. Dans ces dernières, en effet, les magistrats locaux n'avaient pas la juridiction et ce ne fut que très tard qu'on attribua aux *defensores civitatis* la connaissance de certains procès. Par suite, dans les provinces, on n'avait pas à se préoccuper de la juridiction fondée sur le droit de cité (du *forum originis*), tandis que l'idée abstraite de domicile pouvait et devait s'appliquer aussi bien au territoire de la province, pour déterminer la juridiction de son lieutenant impérial, qu'au territoire d'une ville (2).

(1) De Savigny, § 355, p. 74.

(2) Il est nécessaire de remarquer que, si les provinciaux étaient incontestablement soumis à la juridiction du gouverneur romain et de ses lieutenants, on rencontrait sur le territoire de la province des *liberæ civitates*, des *oppida civium romanorum* ou des municipes latins ayant leurs tribunaux particuliers.

(Voigt : *l. c.*, p. 520-521). Il arrivait même qu'on laissât à des villes provinciales, dans le but peut-être de les abuser sur leur véritable situation politique, leurs magistrats nationaux, ce que l'on trouve dans Cicéron (*ad Atticum*, VI, I, 15. — VI, 2, 4).

Peut-être aussi quand une même personne avait son *origo* et son domicile dans deux communes urbaines différentes, on ne suivait le *forum originis* que si elle se trouvait accidentellement dans la ville où elle avait droit de cité. Il en était ainsi, notamment pour le *forum orginis* de Rome. Enfin on atteignait plus facilement le défendeur dans le lieu de son domicile, siège ordinaire de ses intérêts pécuniaires, que dans sa *civitas,* où peut-être il ne conservait aucune relation (1).

L'effet le plus intéressant de l'*origo* et du *domicilium* serait, d'après de Savigny, la détermination du droit local formant la loi personnelle de chaque individu dans l'Empire Romain.

A ce point de vue, il est vrai, les textes manquent dans la compilation de Justinien, nous en avons indiqué la raison. Mais on peut s'appuyer sur différents passages de Tite-Live (XXX, V, 7); de Gaius (C. I, § 92, C. III, §§ 120, 121, 122); d'Ulpien (Règles XX, 14) pour formuler les deux règles suivantes.

1° Quand dans un contrat interviennent des citoyens de cités différentes, on ne peut opposer la loi particulière de l'une des parties à l'autre, mais on fait régir le contrat tout entier par le *jus gentium.*

C'est sur Tite-Live (XXXV, 7) que se fonde De Savigny. En 561, les débiteurs étaient écrasés sous le poids de l'usure : il existait bien des lois romaines qui limitaient le taux de l'intérêt de l'argent prêté, mais les créanciers les éludaient en faisant passer leurs créances à des habitants des villes voisines (*Latini* ou *socii*) qui échappaient à la législation romaine sur l'usure. Pour remédier à cet état de choses, une loi étendit cette dernière législation aux *Latini* et aux *socii.*

---

(1) De Savigny, § 355, p. 76, 78.

2° Chaque individu est personnellement soumis au droit de la cité à laquelle il appartient par le *jus originis* et le *jus domicilii*, c'est d'après ce droit qu'il doit être jugé. La proposition trouverait sa confirmation.

1° Dans les paragraphes 121-122, C. III de Gaius. Une loi *Furia* limitait à deux ans la durée de l'obligation des *fidepromissores* et des *sponsores;* de plus, s'il existait plusieurs cautions de cette nature, la dette se divisait de plein droit entre toutes celles qui étaient vivantes au jour de l'échéance. Mais la *lex Furia* ne s'appliquait qu'en Italie ; dans les provinces, personne, pas même le citoyen romain, ne pouvait l'invoquer.

2° Dans le § 120 C. III de Gaius que nous connaissons déjà : *Præterea sponsoris fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quæramus et alio jure civitas ejus utatur*.

3° Enfin dans le passage d'Ulpien (Règles XX, 14) également bien connu : L'affranchi déditice ne peut tester ni comme citoyen romain, *cum sit peregrinus*, ni comme pérégrin, *quoniam nullius certæ civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suæ testetur*.

Mais une difficulté se présente : la loi de chaque individu étant celle de la ville où il a son *origo* ou son domicile, qu'arrivera-t-il quand il aura plusieurs origines, un *origo* et un domicile différents ou plusieurs domiciles? Si, dans ces hypothèses il est aisé d'admettre qu'il soit soumis simultanément à la juridiction comme aux *munera* de ces différents endroits, il est impossible qu'il soit régi en même temps, sur les mêmes points par les droits particuliers de tous ; car il se produit une collision résultant de ce que à un même individu peuvent s'appliquer en même temps deux ou plusieurs législations différentes.

Il faut, d'après de Savigny, donner sans hésiter la préférence à l'*origo* sur le *domicilium* dans la détermination du droit local. On peut invoquer tout d'abord une raison

de texte : *ut adversus leges civitatis suæ testetur,* nous dit Ulpien (XX, 14 Règles) *et alio jure civitas ejus utatur,* ajoute Gaius, C. III, § 120. En outre l'établissement du domicile est le plus souvent le fait d'une volonté arbitraire et capricieuse, mais non celui de l'*origo ;* cette dernière enfin est le plus ancien des liens qui font dépendre l'individu de la cité, et un état personnel de droit étant une fois acquis, il n'y a pas de raison pour le changer. C'est en vertu de ce dernier motif, en l'absence de tout texte, qu'en cas de cumul d'*origines* ou de *domicilia* on doit s'en rapporter au plus ancien en date.

Il est un autre cas qui n'est pas envisagé par de Savigny et qui cependant mérite d'être pris en considération. Nous savons (Ulp. 2. *ad edict.*, D. L. I, §, 2. L. 1) qu'il arrivait quelquefois que l'enfant, *ex justis nuptiis,* prenait l'*origo* de sa mère, tout en acquérant aussi, très probablement, l'*origo* de son père : quelle était alors la loi personnelle de l'enfant et, puisqu'il faut nécessairement faire un choix, était-ce le droit particulier de la *patria* de sa mère ou celui de la *patria* de son père qui était appelé à le régir ?

Le criterium fourni par de Savigny dans l'hypothèse précédente, ne peut ici nous servir : l'acquisition de deux origines se produisant pour l'enfant simultanément au moment de sa naissance. Mais, peut-être, faisait-on une application du principe romain d'après lequel, en matière de filiation légitime, le *status* de l'enfant se règle sur celui du père envisagé au moment de la conception ; tandis que lorsque l'enfant prend le *status* de sa mère, c'est au moment de la naissance qu'il faut se placer. On serait ainsi conduit, dans l'hypothèse qui nous occupe, à déterminer la loi personnelle de l'enfant par l'*origo* du père, cette *origo* étant celle que l'enfant acquiert la première. Cette solution est adoptée par M. Voigt.

Pour lui l'acquisition de l'*origo* du père avait aux yeux des jurisconsultes romains la valeur d'un principe général par rapport aux enfants légitimes, tandis que l'acquisition de l'*origo* de la mère, à l'égard de ces mêmes enfants, était considéré comme un simple *jus speciale*. Très probablement c'était le principe général de préférence au *jus speciale* qui, sous la souveraineté romaine, servait à fixer le droit particulier de l'enfant (1).

En définitive, la théorie de de Savigny consacre le système de la personnalité des lois. Chaque individu est régi dans l'empire romain par la loi de sa *civitas*, en quelque lieu qu'il se trouve : cette loi n'a qu'une souveraineté personnelle ; elle s'applique à tous ceux, mais à ceux-là seuls qui, par leur *origo* ou leur domicile, lui sont personnellement soumis. Si un même rapport juridique met en contact des citoyens de communes urbaines différentes, la loi de l'une des parties ne peut être imposée à l'autre, mais le rapport tout entier est régi par le *jus gentium* ; de telle sorte qu'en réalité les conflits de loi sont impossibles ou sont plutôt immédiatement tranchés, le juge n'ayant jamais à choisir qu'entre le droit particulier commun à toutes les parties et le *jus gentium*.

Ce système, si séduisant par sa simplicité même, est généralement accepté par les auteurs modernes, comme étant celui suivi par les juriconsultes romains (2).

Critique. — On peut lui adresser, croyons-nous, de graves objections.

---

(1) Voigt, *loc. cit.*, IV. Sup. XVI, p. 313.

(2) Wachter : *die collision der Privatrechts gesetse. Archiv. für die Civil-Praxis* t. 24, année 1841, p. 245. Fœlix, *loc. cit.*, t. I. p. 5 à 10.

Pour M. Laurent (Droit civil international, Paris, 1889, p. 157 à 162), les étrangers n'auraient jamais été soumis à Rome qu'au *jus gentium*. Dans les provinces, les procès s'élevant entre habitants de la même cité, étaient tranchés par l'application de la loi particulière commune aux parties ; dans les contestations entre citoyens et provinciaux, c'était encore le *jus gentium* qu'on devait suivre.

D'abord plusieurs des textes cités par de Savigny ne paraissent pas décisifs en faveur de son opinion, notamment le passage de Tite-Live (XXXV, 7) sur lequel il s'appuie pour poser le principe que lorsqu'un contrat intervient entre deux personnes appartenant à des Etats différents, on leur applique le *jus gentium*. Tite-Live raconte en effet que les créanciers évitaient à Rome l'application des lois sur l'usure en transportant leurs créances à des *socii* par la voie du contrat littéral (*nomina transcriberent*). S'il était peut-être admis que les pérégrins pussent s'obliger par *nomina transcriptitia*, le contrat littéral appartenait certainement au *jus civile* en tant que manière d'acquérir une créance (arg. C. III. § 133 de Gaius). Comme Tite-Live nous montre les *socii* devenant créanciers de citoyens romains au moyen de *nomina transcriptitia*, il faut nécessairement supposer que l'opération juridique était de part et d'autre régie par le *jus civile*.

Il devait du reste en être ainsi, car, nous le savons déjà, les *Latini* participaient au *commercium* romain et étaient aptes à user du *jus civile* pour toutes les relations de droit comprises dans le domaine du *commercium*, par suite pour tous les contrats conclus sur le sol romain entre eux et les *cives romani* (1) (Voigt, *l. c.* IV, Sup XII, p. 176-180).

La conséquence que nous tirerons donc du passage précité de Tite-Live, c'est qu'en 561 les lois sur l'usure n'étaient

---

(1) Il est probable que Tite-Live, contrairement à ce que dit de Savigny sans aucune preuve, a en vue, non pas des habitants des villes voisines, mais bien des *socii* et *Latini* domiciliés à Rome. Il est constant en effet (Tite-Live XXIX, 3) que de 550-567, 12,000 Latins vinrent se fixer à Rome. « *Jam tum multitudine alieni genarum urbem onerante* » Les *Latini* dont parle Tite-Live devraient donc être rangés parmi ces *municipes* dont parle Festus. (V. S. Bruns : *Fontes juris antiqui*, p. 344) et qui étaient assimilés aux citoyens romains dans la sphère des droits privés « *præterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo* » (Voir Voigt, IV, Sup. XII, p. 177, note 71, et II, p. 172, note 159.)

pas comprises dans le *commercium*, comme elles n'appartenaient pas davantage au *connubium* ni à la *recuperatio* ou *actio*, le droit de s'en prévaloir, comme l'obligation de les respecter, devaient être attachés au seul titre de *Civis romanus*.

De même la loi *Furia* dont il est parlé dans les paragraphes 121-122 C. III de Gaius ne peut être invoquée, semble-t-il, en faveur du système de la personnalité des lois. La disposition de la loi *Furia* fut vraisemblablement motivée par des considérations d'ordre public. On s'effrayait des dangers provenant de l'exagération des dettes, et on voulut remédier au mal en forçant les créanciers à poursuivre dans un bref délai, sous peine de voir leurs garanties s'évanouir. On espérait ainsi que les débiteurs, victimes en définitive des rigueurs exercées contre leurs garants, réfléchiraient davantage avant de s'engager et seraient moins tentés d'abuser de leur crédit.

C'est en Italie que cet accroissement des dettes particulières était dangereux : c'est en Italie qu'il provoquait fréquemment de graves agitations populaires, aussi ne fut-ce qu'en Italie que la loi *Furia* dut s'appliquer. Cette dernière n'était donc pas une loi personnelle aux habitants de l'Italie, mais plutôt une loi ayant une souveraineté territoriale régissant la *sponsio* et la *fidepromissio*, intervenant sur le sol italien, entre toutes personnes, citoyennes ou pérégrines (1).

On peut aussi reprocher à la théorie de de Savigny sa trop grande généralité. Bien que, en principe, on dût chercher dans le *jus gentium* les règles juridiques à appliquer dans les relations entre *cives* et *peregrini*, ou entre pérégrins dépendant de cités ou de provinces différentes, il arrivait parfois que le *jus peregrinum* trouvait place dans de pareilles relations.

---

(1) Accarias, *l. c.* II, p. 350.

C'est ainsi que nous verrons, soit des provinciaux, soit des membres de *liberæ civitates*, soit même des États étrangers indépendants contracter à l'égard de citoyens romains des prêts à intérêts, revêtus de la forme de *syngraphæ* (1), ce qui indique bien que l'opération juridique relevait du droit pérégrin ; de même nous citerons des exemples d'hypothèques consenties par des pérégrins à des *Cives romani,* à une époque ou l'hypothèque n'est pas encore passée du domaine du *jus peregrinum* dans celui du *jus gentium* (2). Si l'on adopte intégralement le système de de Savigny comment expliquer une pareille situation ?

Le grand Romaniste, enfin, ne semble pas avoir tenu assez compte ni des époques, ni de la nature particulière des divers droits en usage dans l'empire romain.

Il traite de la même façon, soumet aux mêmes principes le droit civil romain, celui des *liberæ civitates* d'Italie, antérieures aux lois de 664-665, et aussi le *jus provinciale*, les droits municipaux et les *jura civilia* des *liberæ civitates* englobées dans les provinces, alors qu'il serait nécessaire, à notre avis, d'établir des distinctions et de reconnaître que tous ces différents droits ne s'enchaînaient pas de la même manière à la personne qui leur était soumise.

Théorie de M. Voigt

Le point de départ d'une théorie rationnelle des conflits de lois chez les Romains doit être, croyons-nous avec M. Voigt (*l. c.,* Sup. XVI, § 5), dans une détermination précise du système de souveraineté auquel chacun des

(1) Cicéron : *ad Atticum* V, 21, 10, *sq.* VI, 1, 5, *sq.* — *Ad Famil.* VIII, 2, 2. 7, 5, 8, 10 *ad Fam.* XIII. — Cicéron de Harusp. resp. 18, 29 *pro Sesto* 26, 56 (voir p. .)

(2) Cicéron : *ad Fam.* XIII, 55, 2.

différents droits en usage dans l'antiquité romaine était subordonné.

Il faut donc passer en revue chacun de ces droits, établir le véritable caractère de sa souveraineté, et, étant donnée cette dernière, fixer les points du contact de la personne et de la loi.

Ce n'est que quand on connaît de quelle façon l'individu se rattachait aux divers droits de l'empire romain, qu'il est possible d'indiquer les cas où des collisions pouvaient naître et les règles servant à les prévenir ou à les trancher.

Nous examinerons successivement le *jus civile Romanorum*, le *jus provinciale*, le *jus civile* des *liberæ civitates*, le *jus gentium* et enfin le droit particulier municipal.

Jus civile Romanorum. — De tout temps le droit civil romain eut une souveraineté personnelle ou nationale. Il s'étendait à tout individu jouissant du *jus civitatis*, ou admis à participer à certaines facultés comprises dans ce *jus civitatis*, le *connubium*, par exemple, ou le *commercium*. Mais comme le système de la personnalité du *jus civile* était une entrave aux rapports de Romains à pérégrins, le développement des relations commerciales amena la création du *jus gentium*, dont la souveraineté personnelle, en apparence, était en réalité territoriale. Des textes nombreux nous présentent en effet le *jus gentium* comme étant le *jus commune omnium liberorum hominum*. Il en est ainsi dans Gaius (C. III, 93, 154; dans Marcien, l. 1, *Inst.* (§ 2, F. de F. N. 12). *Jus autem gentium omni humano generi commune est.* On peut citer encore la loi 17, § 1, D. *de pœnis*, 48, 19, la loi 15, *de int. et releg.*, 48, 22. *Deportatus civitatem amittit, non libertatem. Et specialis quidem jure civitatis non fruitur, jam tamen jure gentium utitur.* Il semblerait donc que la *libertas* fût la seule qualité requise pour la jouissance du *jus gentium*.

Mais comme après tout ce dernier, bien qu'appliqué dans les relations avec les pérégrins, était un véritable droit romain établi sur une base romaine, organisé d'après les vues romaines et appliqué par un préteur romain; comme la puissance du *jus gentium* sur le pérégrin se fondait entièrement et uniquement sur ce que le pérégrin foulait le sol de Rome, sur ce qu'il tombait par suite sous la *potestas populi romani* et se soumettait en même temps au règlement et à la législation que l'Etat romain jugeait bon de lui appliquer, on peut décider qu'avec le *jus gentium* Rome abandonna le principe de la souveraineté nationale du droit pour adopter celui de la souveraineté locale, le *jus gentium* trouvant son point de liaison avec l'individu dans son séjour à l'intérieur du territoire romain (Voigt : *loc. cit.*, II, § 85, I. § 80).

Quant aux *jura civilia* des *liberæ civitates*, le genre de leur souveraineté était subordonné aux principes que dut adopter chaque *civitas* par suite de l'essor de sa vie juridique. Cependant dans les *liberæ civitates* de même situation géographique l'extension des rapports commerciaux, ayant subi la même marche, dut produire les mêmes effets.

L'importance considérable du commerce dans les *civitates liberæ* d'Orient, par exemple, fit de bonne heure abandonner le principe de la souveraineté nationale du droit; on n'y créa pas un *jus gentium,* mais on y adopta un système mixte.

Pour les *liberæ civitates* d'Italie, antérieurement aux *leges de civitate* de 664, elles obéissaient aux mêmes principes que Rome, c'est-à-dire à la souveraineté nationale du droit.

Le *jus provinciale*, en Orient, tout au moins, comprit la plus grande partie des lois antérieures à la conquête; on doit donc retrouver une communauté d'idées juridiques entre les provinces et les *civitates liberæ* de la région.

En Occident, au contraire, c'est de Rome qu'émanèrent toutes les règles de droit applicables aux transactions industrielles et commerciales, et dans cette œuvre, les Romains se rendant compte des besoins de l'époque, s'étaient inspirés du système qu'ils avaient trouvé en Orient et avec lequel ils s'étaient familiarisés : aussi retrouve-t-on dans les provinces occidentales le même système mixte précédemment en vigueur en Orient.

Quant aux droits municipaux, ils sont subordonnés au sujet de la souveraineté du droit sur la personne, aux mêmes principes que les *jura provincialia.*

En définitive, droits provinciaux, soit d'Orient, soit d'Occident, droit des *liberæ civitates* extra-italiques, droits municipaux suivent le même système de souveraineté.

C'est ce qu'il est possible de montrer : 1° pour les provinces ; 2° pour les *liberæ civitates* ; 3° pour les municipalités.

Droit provincial. — Il faut envisager tout d'abord les droits pécuniaires et en premier lieu les obligations.

Nous connaissons la théorie dé Savigny qui place au lieu d'exécution du contrat la juridiction chargée de connaître de l'obligation et le droit municipal à lui appliquer : le lieu d'exécution peut, du reste, se confondre, à la suite d'un accord exprès ou tacite des parties, ou par la force même des choses avec le lieu de la conclusion du contrat alors, la *lex loci contractus*, parce qu'elle est en même temps la *lex loci executionis*, réglemente la convention et c'est au lieu de la formation du contrat, comme étant celui de son exécution, que se trouve la juridiction compétente.

Bethmann Hollweg (*Versuche uber einzelne Theile der Théorie des Civilprocesses,* 16 *sq.*) formule au contraire des propositions suivantes.

Le lieu de la conclusion du contrat détermine le droit

local, de même que, par un concours facultatif avec le *forum originis* ou le *forum domicilii*, il détermine le juge compétent.

Mais le lieu de la conclusion du contrat est, lui-même, soit le lieu réel et véritable de la conclusion du contrat, soit un lieu fictif de conclusion, qui n'est autre que l'endroit de la réalisation de l'obligation, *c'est-à-dire*, quand les parties ont spécialement convenu que l'obligation serait exécutée dans un lieu déterminé, ce dernier doit être traité comme s'il était celui de la conclusion du contrat.

Bethmann Hollweg tire ces conséquences des sources et d'après ses déductions, nous assimilerons au contrat, en ce qui concerne le point spécial envisagé, le quasi contrat en vertu d'un passage de Paul, liv. 58 *ad Ed.* (D. V, 1, 20).

« Omnem obligationem pro contractu habendam æsti-
» mandum est, ut ubicunque aliquis obligetur et contrahi
» videatur, quamvis non ex crediti causâ debeatur ».

M. Voigt s'appuie tout d'abord sur un texte omis par de Savigny. C'est un passage de Cicéron, *in Ver.* III, 60, 137.

« Negotiatores sibi putant esse turpe, id forum sibi
» iniquum ejurare, ubi negotientur ».

« Les commerçants estiment qu'il est honteux de leur dénier, comme illégale, la juridiction du lieu où ils traitent leurs affaires ».

Il invoque ensuite et analyse les fragments 1, 2, 3, D. XLII, 5 tirés de Gaius, liv. 23, *ad Edictum provinciale,* et de Paul, liv. 54 *ad Edictum.*

« Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet.—
» At ubi quisque contraxerit. — Contractum autem non
» utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum sit,
» sed quo solvenda est pecunia ».

En effet, si on examine séparément les deux parties de ce texte, on voit que dans la première on attribue compé-

tence à la loi du lieu où le contrat est formé, et dans le second à celle du lieu où le contrat est réalisé, mais cela en vertu d'une fiction, marquée par le mot *intelligitur*.

Quant à la subordination du contrat au droit local, elle résulte de Gaius, livre 10 *ad Edict. prov.* (L. 6, D. XXI, 2).

« Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis, in » quâ negotium gestum est, pro evictione caveri oportet ».

De Savigny, il est vrai, refuse toute force probante à ce texte, car, d'après lui, il ne serait relatif qu'à de simples usages de la vie, non à des règles juridiques. Sans doute les mots, *mores*, *consuetudines* ont quelquefois dans les sources le sens de pures coutumes de fait (Papinien : liv. 2, *Quæst.* (1, pr. D. XXII, 1.) — Ulp. liv.10, *ad Ed.* (Dig. *eod.* 37). Liv. 1, *ad Ed. Œd. Cur.* (31, § 20 D. XXI, 1). L. 45, *ad Sab.* (34 Dig. L. 17,) ainsi que dans les Const. de Dioclétien et de Max. (16. C. V, 65). Mais dans le texte de Gaius qui nous occupe, il n'en est pas ainsi. Le simple usage de la vie n'a de force obligatoire que parce qu'il a été soit expressément, soit implicitement prévu par les contractants qui ont entendu se l'imposer comme règle. C'est comme partie intégrante de leurs conventions qu'il a puissance de les obliger, et cette puissance en définitive repose tout entière sur leur volonté même. Dans le passage précité les parties ont procédé à une vente, mais elles ne se sont pas expliquées sur le montant de la caution à fournir par le vendeur en cas d'éviction. Si leur volonté s'était manifestée d'une façon expresse ou tacite, on la suivrait certainement. Mais elle demeure inconnue. On applique alors la *consuetudo loci*. Cette dernière se manifeste alors comme ayant une force obligatoire extérieure, indépendante des dispositions de volonté des contractants, supérieure à cette volonté, la dominant et la gouvernant : elle présente donc tous les

caractères d'un véritable droit, d'un droit coutumier (1).

Les textes suivants placent au lieu de la conclusion du contrat le *forum* du contrat.

Labéon cité par Ulpien : liv. 60, *ad Edict.* (19, § 3 D. V, 1,) : « Apud Labeonem quæritur, si homo provincialis » servum institorem vendendarum mercium gratia Romæ » habeat quod cum eo servo contractum est, ita habendum » atque si cum domino contractum sit : quare ibi se debebit » defendere ».

Julien cité par Ulpien : liv. 27, *ad Edict.* (5, § 1, D. XIII, 5) : « Julianus, legatum Romæ constituentem » quod in provincia acceperat, putat convenire debere. »

Papinien : liv. 4, Resp. (45 D. V, 1) : « Argenta- » rium, ubi contractum est, convenire oportet. — Idem in » actione tutelæ placuit. Nomine pupillæ tutoribus in pro- » vincia condemnatis, curatores puellæ judicatum Romæ » facere coguntur, ubi mutuam pecuniam mater accepit, » cui filia heres exstitit ».

De Savigny, essaie de mettre d'accord ce texte avec sa théorie, en supposant que le domicile de la mère était à Rome. L'hypothèse ne paraît pas justifiée, attendu que

---

(1) Il ne faut pas confondre les *mores*, simples usages de fait, et la *consuetudo*, véritable droit coutumier. Entre la *consuetudo* et les *mores* existe une relation de cause à effet. Ce sont les *mores*, qui par leur répétition fréquente, pendant un temps prolongé, en devenant *inveterati*, produisent la *consuetudo* : nous en trouvons des preuves dans de très nombreux textes, notamment :

Varron : *de moribus*, (Servius, *in Aen.* VII, 601) « Mores sunt communis con- » sensus omnium simul habitantium qui inveteratus consuetudinem facit. »

Cicéron : *de Inv.* II, 54 ; « Consuetudine jus autem, quod in morem vetustas » vulgi approbatione perduxit. »

Ibid. II, 22 : « Consuetudinis jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine » lege vetustas comprobavit. »

Et Julien : liv. 94, Digest. (l. 32, § 1, D. *de leg.* 1, 3) : « Inveterata consuetudo » pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, quod dicitur moribus consti- » tutum. »

Voir aussi Ulpien, *Règles*, 1, 4. (Voigt : I, n° 86 *in fine*, et notes 599 et 601.

la fille était domiciliée en province et qu'il est légitime de penser qu'elle avait même domicile que sa mère (Syst. : § 370, note *n*).

Ulpien : liv. 60, *ad Edict*. (19, § 1, 2. D. V, 1) :

« Si quis tutelam, vel curam, vel negotia, vel argenta-
» riam, vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loci
» administravit, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se
» debebit defendere; et si non defendat, neque ibi domici-
» lium habeat, bona possideri patietur. Proinde et si
» merces vendidit certo loci, vel disposuit, vel comparavit,
» videtur, nisi alio loci, ut defenderet, convenit, ibidem se
» defendere. Numquid dicimus eum, qui a mercatore
» quid comparavit advena, vel ei vendidit, quem scit inde
» confestim profecturum, non oportet ibi bona possideri,
» sed domicilium sequi ejus ? At si quis ab eo, qui taber-
» nam vel officinam certo loci conductam habuit, in ea
» causa est, ut illic conveniatur, quod magis habet ratio-
» nem. Nam ubi sic venit ut confestim discedat quasi a
» viatore emptis : vel eo qui transvehebatur, vel eo qui
» præternavigat, emit : durissimum est, quot locis quis na-
» vigans, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi. At
» si quo constitit, non dico jure domicilii, sed tabernulam,
» pergulam, horreum, armarium, officinam conduxit, ibi-
» que distraxit, egit; defendere se eo loci debebit. ».

De Savigny (§ 370, note *a*) soutient que si le passant doit être poursuivi devant le *forum* de son domicile, c'est parce que c'est là, d'après son intention, que doit être exécuté le contrat. Mais Ulpien nous dit lui-même que c'est pour un motif d'utilité pratique, *durissimum est*, que le passant ne sera pas assigné au lieu où il a contracté.

Ulpien : liv. 34, *ad Edict*. (Dig. V, 1, 65) : « Exigere
» dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit,
» non ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nec enim
» id genus contractûs est, ut potius eum locum spectari

» oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam » eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditio» nem matrimonii erat reditura. »

Dans ce texte, Ulpien en séparant le *forum domicilii* du *forum* du contrat énonce que si, en matière de poursuite dotale, le *forum* du contrat trouvait son application, ce *forum* se trouverait à l'endroit où l'*instrumentum dotale* est rédigé.

On peut aussi citer d'autres textes. Paul : liv. 3, *ad Ed.* 54, § 1, D. III, 3). Ulp. : liv. 3, *ad Edict.* (2, § 4, 5, D. V, 1). L. 4, *ad Ed.* (4, § 5, D. II, 13). Paul : liv. 17, *ad Plaut.* (24 pr. D. V, 1). Dioclétien et Maximien (1, C. III, 21).

Dans tous ces passages le lieu de la conclusion du contrat détermine-t-il le *forum* compétent, parce qu'il a été entendu par les parties qu'il serait en même temps le lieu du contrat ? Cette convention paraît peu probable pour les quasi-contrats que nous savons cependant obéir à la même règle que les contrats, en vertu du texte de Paul, liv. 58 *ad Edict.* (20 D. V. 1) (4. XLII, 4.) Elle est inadmissible pour les délits et les quasi-délits, et nous montrerons cependant que pour eux aussi le *locus delicti* déterminait le *forum delicti*.

Examinons auparavant les cas où le forum du contrat est placé au lieu d'exécution du contrat.

Ulpien : liv. 60 *ad Ed.* (Dig. V. 1, 19, § 4) :

« Illud sciendum est eum, qui ita fuit obligatus, ut in » Italiâ solveret, si in provinciâ habuit domicilium, utro» bique posse conveniri et hic et ibi, et ità et Julianus et » multis aliis videtur. »

Mais si le lieu d'exécution a ici la force de déterminer le juge compétent, ce n'est pas comme lieu d'exécution, mais parce qu'il est le lieu considéré fictivement comme étant celui de la conclusion du contrat, c'est ce qui

ressort de Julien, liv. 3 *ex Minucio* (21, D. XLIV, 7) :

« Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo » ut solveret, se obligavit. »

Et de Gaius, liv. 23 *ad Ed. provinciale* (5, § 1, 2, 3 D. XLII, 5) :

» Contractum autem non utique in eo loco intelligitur » quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecu- » nia. »

Dans ces deux textes le mot *intelligitur* signifie que la chose est envisagée ainsi et marque une fiction : le lieu de la réalisation du contrat doit être fictivement compris comme étant celui de la conclusion : le mot *intelligere* ne s'expliquerait pas autrement. Si le pouvoir, en effet, de déterminer le *forum* du contrat était inhérent à l'endroit de l'exécution par sa nature même, il n'y aurait aucune raison de traiter cet endroit comme si c'était celui de la conclusion.

Des explications précédentes, nous pourrons tirer la proposition suivante : Le lieu de la conclusion du contrat détermine le *forum* du contrat, de même que l'établissement du quasi-contrat établit le droit local : cette règle est modifiée quand les parties ont convenu d'un endroit spécial d'exécution du contrat : ce dernier doit être alors envisagé comme celui de la conclusion du contrat.

Nous rapprocherons de cette proposition, la suivante : Dans des positions de droit entre personnes appartenant à des provinces différentes, en matière de délits ou de quasi-délits, le lieu où le délit ou le quasi-délit a été commis fixe le droit local auquel le délit est assujetti ainsi que le *forum* spécial.

Ce point peut s'établir d'après les sources.

Pomp. liv. VIII, Epist. (43 D. X, 4) : « Servi quorum » noxa caput sequitur, ibi defendendi sunt, ibi deliquisse » arguentur ; itaque servos dominus eodem loco exhibere

» debet, ubi vim intulisse dicentur et carere omnium » dominio potest; si eos non defendat. »

Ulp. liv. 31 *ad Ed.* (10, § 3, D. XVII, 1) : « Si pro- » curator meus.— Pecuniam meam ad usus suos convertit, » in usuras convenietur, quæ legitimo modo in regionibus » frequentantur. »

Liv. 35 *ad Ed.* (7, § 10, D. XXVI, 7) : « Quæ autem » sunt pupillares usuræ, videndum est. Et apparet, hanc » esse formam usurarum, ut ejus quidem pecuniæ, quam » quis in usus suos convertit, legitimam usuram præstet.— » Ex cæteris causis secundum morem provinciæ præstabit » usuras aut quincunces, aut trientes, aut si quæ aliæ » leviores in provinciæ frequentantur. »

Dans les deux passages ci-dessus, on voit que la puissance obligatoire des *mores,* qui déterminent le taux de l'intérêt à fournir, ne repose pas sur la convention des parties et que par suite les *mores* ont le véritable caractère d'un droit local.

Paul, liv. 17, *ad Plaut.* (24, § 1, D. V, 1) : « Legati » ex delictis in legatione commissis coguntur judicium » Romæ pati, sive ipsi admiserint, sive servi eorum. »

Liv. 13 *ad Sabin.*

« Præses provinciæ in suæ provinciæ homines tantum » imperium habet. — Habet interdum imperium et adver- » sus extraneos homines, si quid manu commiserint; nam » et in mandatis principum est, ut curet is, qui provinciæ » præest, malis hominibus provinciam purgare, nec distin- » guitur, unde sint. »

A cela comparer la Const. de Valens et Valentinien (1 C. III, 16). « Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria » possessio postulanda est, ibi loci judicem adversus eum » qui possessionem turbavit, convenit judicare. »

Si donc nous avons pu établir qu'entre individus appartenant à des provinces différentes, l'endroit de la forma-

tion du contrat ou du quasi-contrat détermine à la fois et le droit local et le juge compétents, nous venons de montrer qu'en ce qui concerne les délits et les quasi-délits, il faut appliquer la loi et porter l'affaire devant le juge du lieu où l'acte a été commis (1).

En définitive nous arrêterons les propositions suivantes :

A. Le lieu du contrat comprend aussi celui du quasi-contrat, comme celui du délit et du quasi-délit.

Le lieu du contrat est celui où il est conclu d'une façon valable au point de vue juridique. Cet endroit peut être, soit le véritable lieu du contrat, soit un lieu simulé.

Le lieu réel de la conclusion du contrat est celui où les parties étaient dans un rapport local effectif et réel par leur séjour personnel. Le lieu simulé est celui qui a été convenu par les intéressés comme lieu d'exécution de l'obligation : il prend alors la place du lieu de la conclusion.

Le *locus actionis*, c'est-à-dire l'endroit où l'action peut être formée est le lieu du contrat (*locus contractûs*), du délit, ou du quasi-délit (2).

Déterminons maintenant l'importance que peuvent avoir, en ce qui concerne le droit local, le *locus actionis* et le *locus contractûs*.

Toutes les sources, il est vrai, n'envisagent la question

---

(1) De plus, d'après M. Voigt (IV, Supp. XVI, § V, p. 304) toute atteinte à un droit réel doit être jugée d'après le droit et par le tribunal du lieu où résidait l'auteur de l'acte au moment où il l'a accompli. Deux textes viendraient à l'appui de cette assertion. Un fragment de Paul, liv. 17, *ad Plautium* (24, § 2, D. V. 1) et un autre de Julien, liv. 1, Digeste (25, D. V. 1). La question est de savoir si un député, un *legatus*, peut être actionné, en revendication par exemple, *ex præsenti possessione* : la solution n'est présentée comme douteuse que parceque le *legatus*, obligé de se défendre, aurait pu être détourné des affaires de sa mission (*ne ab officio suscepto legationis avocetur*). Le principe qui paraît se dégager de ces textes, c'est que toute personne peut être exposée à une action à raison de sa possession présente, devant le juge de l'endroit où elle a commencé à détenir l'objet, quand bien même ce ne serait pas devant le *forum* de son domicile qu'elle serait poursuivie. L'opinion de M. Voigt trouverait ainsi sa confirmation.

(2) Le *locus actionis* serait aussi l'endroit où celui qui a porté atteinte à un droit réel résidait, au moment de l'offense faite au droit.

que relativement à la juridiction. Si elles nous apprennent quel est le juge de l'obligation, elles ne nous disent rien de la loi à appliquer à celle-ci. L'explication en est simple : nous l'avons déjà donnée. A l'époque où le Digeste et le Code furent rédigés, sous Justinien, les droits spéciaux et particuliers ne subsistaient que sur des points isolés et comme privilèges exceptionnels.

Il est bien quelques textes que nous considérons comme attribuant directement au *locus contractûs*, la puissance de soumettre le contrat à la souveraineté d'une loi locale. Par ex. :

Gaius, liv. 10, *ad edict. provinc.* (6, D. XXI, 2).

« Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in » qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet. »

De même Ulpien, liv. 31, *ad edict.* (10, § 3, D. XVII, 1) liv. 35, *ad Edict.* (7, § 10, D. XXVI, 7).

Mais on s'appuie sur ce fait que la reconnaissance d'un *forum* particulier conforme au *locus contractûs,* entraînait l'application du droit local correspondant. C'est ce que relève de Savigny (*Syst.* § 356 t. VIII, p. 79).

Cette idée cependant, doit être acceptée avec restriction, car le créancier pouvait porter son action, soit devant le *forum contractûs,* soit devant le tribunal du débiteur (*forum domicilii, forumo riginis*) (de Savigny : *Système,* § 372, p. 239). La loi du contrat dépendait-elle alors de la juridiction saisie, et était-il au choix du demandeur de faire régir l'obligation soit par le droit du lieu de sa formation, soit par celui de la *civitas* ou celui du domicile du débiteur ? Malgré l'absence de textes, nous n'hésitons pas à trancher la question : il est en effet très probable qu'une telle liberté était refusée au créancier. La loi du contrat ne pouvait être qu'une. Nous estimons qu'on devait toujours suivre le droit du lieu de la conclusion.

M. Voigt trouve une autre preuve de la concordance du *forum contractûs* et de la *lex contractûs*. Pour lui, du moment

que les Romains s'écartaient de la théorie ancienne qui attribuait compétence uniquement au *forum* du défendeur pour donner compétence également au *forum contractûs*, l'innovation n'aurait pas été conforme au but poursuivi, si au *forum local*, le droit local n'avait pas trouvé son application.

Pour conclure, nous déciderons que dans les rapports de droit engendrant des obligations (contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits), le *jus provinciale* avait une souveraineté locale, le lien de la personne avec le droit local provincial étant constitué par le simple séjour, qui n'est pas nécessairement le domicile : néanmoins, en matière de contrat, quand un lieu particulier d'exécution a été fixé par les parties, le séjour est donné par une fiction.

On voit que, dans une certaine limite, le système de la souveraineté territoriale était appliqué aux droits provinciaux : il est même permis d'admettre que le *jus provinciale* a abandonné le principe de la nationalité du droit, au moins d'une façon générale. On ne trouve nulle part, en effet, la moindre trace d'un *connubium*, d'un *commercium* ou d'une *testimentifactio* d'un droit provincial quelconque, ce qui prouve que le fait de ressortir de la province n'était pas la condition préliminaire et essentielle de la participation au *jus provinciale*. Par là s'explique comment, ainsi que nous le montrent les textes, la personne non provinciale pouvait être adoptée par le provincial *secundum jus provinciale*, être instituée héritière par lui, figurer contre lui dans une action réelle comme demandeur ou contracter mariage avec un provincial.

Le système de la souveraineté locale du jus provinciale a-t-il complètement absorbé celui de la souveraineté nationale et, pour préciser par un exemple, le mariage du Bythinien avec une Galate était-il subordonné, comme le prêt à intérêts contracté en Galatie, à la *lex Galatorum* ou

à la *lex Bythinorum* ? L'influence du système de la réalité du droit provincial, constatée en matière d'obligations, était-elle la même en ce qui concernait l'état de la personne, le droit d'héritage et le droit de famille ?

Pour le droit d'héritage nous trouvons dans Ulpien (*Règles* XX, 14).

« Qui deditiorum numero est, nec quasi civis romanus » testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus » quoniam nullius certæ civitatis civis est, ut adversus » leges civitatis suæ testetur ».

Pour le droit de famille, nous avons Gaius (C. I, § 92).

« Ex peregrino, sui secundum leges moresque peregri- » norum conjuncta est » (Rapprocher le parag. 77 du même C. I) (1).

Enfin, en ce qui concerne l'affranchissement, le *status* du *manumissus* se règle toujours sur le *status* et sur le droit du *manumissor* (Dosithée, d*e manumis.* § 14. — *Lex mun. Salp.* 28. — Pline, *Ep. ad Traj.* 4.

Est enim peregrinæ conditionis, manumissus a peregrinâ. Ulpien, liv. 2, Opin. (Dig. L. 6, § 3. L. 1).

De même l'émancipation doit avoir lieu devant les magistrats du municipe auquel le *parens manumissor* appartient (Dioclét. et Maxim. Code, VIII, 49, 1).

Il est vrai qu'Ulpien, liv. 24 *ad Edict.* (Dig. XXV, 4, 1, § 15) tient compte en ce qui concerne la *custodia partûs* des *mores regionis* et Callistrate, *Liv. 4 de Cognit.*, en fait de même par rapport à l'évocation des témoins : mais ni dans l'un, ni dans l'autre texte il n'est dit si le simple séjour ou le fait d'appartenir à la province subordonne à

(1) Le § 77 C. I. de Gaius est en majeure partie conjectural, néanmoins toutes les restitutions font allusion à un mariage entre citoyenne romaine et pérégrin, et déterminent le *status* de l'enfant né d'une telle union d'après celui de son père, *tanquâm si ex peregrinâ eum procreasset* (Gaius, *Commentaires*. Edition Dubois, p. 47).

l'application de ces *mores* ou *consuetudines* : il est probable qu'Ulpien et Callistrate visent le domicile qui confère le droit de bourgeoisie communale et par suite la ressortissance provinciale.

Il nous est donc impossible de reconnaître dans les rapports de droit que nous venons de passer en revue le principe de la souveraineté territoriale du droit : mais devons-nous admettre celui de la souveraineté nationale? Non, car si ce principe était appliqué, le ressortissant d'une province n'aurait pu entrer dans le domaine du droit du ressortissant d'une autre province. Or, Gaius (C. I), est loin de nous dire que, dans le cas particulier que nous avons visé plus haut, la ressortissante de Galatie serait exclue par la *lex Bythinorum*. Gaius admet très vraisemblablement le contraire (C. I. § 77).

Quant au droit d'héritage, nous avons un texte d'Ulpien qui ne nous est pas opposé (XX, 14, R.), mais aussi un passage de Cicéron (*de Legibus* III, 8) qui est tout-à-fait en notre faveur.

« Omitto quemadmodum isti se gerant atque gesserint
» qui legatione hereditates aut syngraphas suas perse-
» quuntur. »

Le rapprochement des *syngraphæ* et des *hereditates,* nous fait connaître qu'il s'agit de successions de pérégrins. Ailleurs (*ad famil.* XIII, 30, 1) Cicéron offre un témoignage encore moins équivoque.

« Lucius Manlius est Sosis. — Is fuit Catinensis, sed est
» una cum reliquis Neapolitanis civis Romanus factus. —
» Erat enim adscriptus in id municipium ante civitatem
» sociis et Latinis datam. Ejus frater Catinæ nuper mortuus
» est. — Nullam omnino arbitramur de eà hereditate
» controversiam eum habiturum, et est hodie in bonis. —
Il ressort que Lucius Manlius hérite d'un provincial de Catina.

On peut décider de tous ces textes, qu'en ce qui concerne le droit de famille, comme le droit d'héritage, la participation au *jus provinciale* ne résulte pas de la ressortissance de l'individu de la province ni du séjour qu'il peut y faire, mais sa raison doit être trouvée dans la relation juridique elle-même.

En effet, dans les différents points que nous avons envisagés, c'est le droit de l'adoptant, du père, du mari, du testateur qui détermine celui de l'adopté, de l'enfant, de la femme, de l'héritier en ce qui est relatif à l'adoption, à la puissance paternelle, au mariage, à la succession testamentaire ou *ab intestat*.

On trouve donc en présence une personne déterminante le père, etc., et une personne déterminée, l'enfant, etc..

Le droit provincial n'est donc ici ni localement ni natiolement souverain, par rapport tout au moins à la personne passive ou déterminée. La nationalité n'entre en considération qu'en ce qui concerne la personne déterminante, c'est sa loi qui règle la position juridique toute entière et qui, à ce point de vue, s'étend à la personne déterminée.

Ce système particulier de souveraineté du droit est appelé par M. Voigt « système de la souveraineté causale du droit », parce que le sujet déterminant est la cause du droit du sujet déterminé, ou, en d'autres termes, *parce que c'est une relation purement causale du sujet déterminant qui constitue le point de contact qui relie la personne au droit et fournit le point compétent sur lequel repose d'un côté la capacité au droit et de l'autre la subordination de la personne au droit*.

Nous concluerons donc que le *jus provinciale* a sur la personne une souveraineté mixte.

A. En matière d'obligation, c'est la loi locale ou territoriale qui doit être appliquée, qu'il s'agisse de droit personnel

ou de droit réel. La souveraineté est basée sur le séjour de l'individu dans la province, sauf en ce qui concerne le droit réel immobilier : c'est la loi de la situation de l'immeuble qu'il faut alors prendre en considération. Nous ne pouvons pas, il est vrai, citer, en ce dernier sens, de texte décisif. Cicéron (*pro Flac.* 21-51) fait bien allusion à un prêt consenti à un habitant de Temnos, ville provinciale d'Asie, moyennant une hypothèque sur un *fundus Temnites* : mais il ne nous dit pas si cette hypothèque était soumise au *jus provinciale* d'Asie. Il est permis néanmoins de le croire.

B. Pour les droits de famille, ceux de succession ou de testament, il faut reconnaître au *jus provinciale* une souveraineté causale : nous venons de préciser le sens de cette expression.

C. Le système de la souveraineté provinciale du droit, basée sur une qualité subjective de la personne, c'est-à-dire sur le fait de dépendre d'une province déterminée, n'est maintenu que relativement à l'état de la personne et à la tutelle et la curatelle.

C'est ce qu'on peut déduire d'un fragment d'Ulpien *liv. 36 ad Ed.* (*Dig.* XXVI, 5, 3). « Les magistrats municipaux ne peuvent donner de tuteur qu'aux mineurs dépendant du municipe même où ils exercent leurs fonctions. » Quant au passage de Cicéron (in Ver. IV, 17, 37) il ne soulève aucune objection sérieuse. *A pupillo Heio* (*Lilybactano*) *cui C. Marcellus tutor est* : on ne nous dit pas si Marcellus était ou non citoyen romain.

Liberæ civitates. — Passons aux *liberæ civitates*. Envisageons tout d'abord les *liberæ civitates* helléniques d'Orient et de la Grande Grèce et recherchons d'après quels principes leurs droits particuliers se rattachaient à la personne.

Nous reconnaissons qu'elles décomposaient l'ensemble des capacités juridiques, en matière de droit privé, en

quatre éléments : ἐπιγαμία, correspondant à la notion du *connubium* romain; ἔγκτησις, *commercium ædium agrorumque*; κοινωνία ἀλλακτική, *commercium*; δικαιοδοσία, *actio* ou *recuperatio* (1) et qu'elles subordonnaient leurs législations locales au système de la souveraineté nationale du droit, en même temps qu'au principe de l'exclusion de la cité des *jura peregrina* (2).

Le développement des relations commerciales qui prirent un si grand essor quand Alexandre le Grand, à la suite de ses conquêtes, eut intimement rapproché la Grèce, la Macédoine de l'Orient ne tarda pas à amener l'abandon du système de la souveraineté nationale du droit et l'adoption d'un système mixte. Ce dernier, il est vrai, était déjà connu et pratiqué antérieurement, mais on ne l'appliquait qu'accessoirement au principe de la souveraineté nationale du droit, et simplement pour prévenir les conflits de lois résultant de ce qu'une même personne, par suite de la concession de l'*isopolitie* d'une ville étrangère participait en même temps aux *jura civilia* de cette cité et à ceux de sa propre patrie (3).

Par suite de la disparition du principe de la souveraineté nationale du droit et de l'application de ce système mixte, il arriva que l'étranger fut admis à jouir directement et de plein droit des lois privées de la cité. Ce qui nous le prouve c'est que nous voyons qu'à Athènes, suivant la législation d'Euclide et peut-être avant ce dernier, on n'exigeait plus, pour la validité du mariage légitime et de ses conséquences juridiques, que la femme ou la mère eût le droit de cité (4) et le même fait se révèle en Lycie et ailleurs. — D'autre part, dans le domaine de

(1) Voigt *l. c.*, Sup. XIII, § III, p. 193 et suiv.
(2) Voigt *l. c.*, Sup. XIII, § XIII, p. 232 et suiv.
(3) Voigt *l. c.*, Sup. XIII, § XIII, p. 240-241.
(4) Voigt : sup. XIII, note 40.

l'ἔγκτησις, il ressort de Cicéron (*Pro Flacco* 29, 71, 30, 73, 32, 79) que dans l'année 690 le Romain Caius Apuleius Decianus possédait un fonds sur le territoire d'Apollonis, *libera civitas* de Lydie, sans que rien nous fasse supposer pour lui une concession particulière de l'ἔγκτησις de cette cité. De même le Romain Publius Meculonius était propriétaire d'un fonds compris dans le domaine de Cyme, *libera civitas* de Mysie, fonds qu'il revendit à Rome en 690 à Heraclides de Temnos, ville provinciale d'Asie (Cic. *pro. Flacco* 20, 46). Enfin en 703, M. Cluvius, citoyen romain, reçut en garantie d'un prêt d'argent par lui fait à Philoclès d'Alabanda *libera civitas* de Carie, une hypothèque sur un *fundus alabandensis*.

En ce qui concerne la κοινωνία ἀλλακτική, Démosthène montre dans un passage du discours περὶ Ἀλοννήσου (79, 15) que déjà avant lui, l'étranger n'avait besoin d'aucune concession particulière pour jouir de ces deux facultés juridiques, *commercium* et *actio* (1).

Le système mixte qui prit la place de celui de la souveraineté nationale du droit désormais abandonné était le suivant :

Toutes les relations juridiques comprises dans le domaine de l'ἐπιγαμία obéissaient au principe de la souveraineté causale du droit.

Nous en avons des preuves incontestables. C'est ainsi qu'à Athènes, d'après la législation d'Euclide, le mariage étant valable et produisant des conséquences juridiques alors même que la mère ou la femme n'avait pas la cité, c'était le droit de cité du mari ou du père, qui déterminait, en même temps, et la loi à appliquer au mariage légitime, et la cité des enfants nés d'une telle union. Principe qui avait une valeur générale dans toute l'antiquité classique, comme le témoigne Gaius C. I, § 92.

(1) Voigt : loc. cit. p. 243, Sup. XIII, § XIV.

Le système de la souveraineté causale s'appliquait également en Lycie, au Pont, à Ilion : mais c'était le droit de cité de la mère qui fixait le droit de cité de l'enfant en même temps que la situation juridique générale de ce dernier (Ulp. Liv. 2 *ad. ed.* D. Livre L, titre I, loi I, § 2. Polybe XII, 5 et 6). Voigt, *loc. cit.* II, p. 425, note 535). Dans ces différents états, la mère se comportait donc comme personne déterminante au moins en ce qui concernait ses enfants.

Dans le domaine de l'ἔγκτησις on suivait le système de la souveraineté territoriale du droit. Dans le cas précité, le fonds, situé sur le territoire d'Apollonis, dont le citoyen romain *Caius Apuleius Decianus* était propriétaire, n'était soumis ni au cens romain, ni au droit romain, mais uniquement au cens et au *jus civile* d'*Appolonis,* de manière que toutes les opérations juridiques comme toutes les actions réelles relatives à ce fonds étaient placées sous la souveraineté du *jus civile* d'*Apollonis.*

En ce qui concerne la δικαιοδοσία et la κοινωνία ἀλλακτική, le témoignage de Démosthène (περὶ Ἀλοννήσου, 79, 15) a une signification particulière. Il nous indique en effet, sans équivoque, que depuis longtemps déjà, il existait entre Athènes et la Macédoine, une garantie réciproque de droits privés, alors qu'aucun traité n'accordait aux citoyens de l'un des états, sur le territoire de l'autre, ni la δικαιοδοσία ni la ἀλλακτική κοινωνία et il nous montre en même temps que cette garantie reposait sur le système de la souveraineté territoriale du droit, le séjour des contractants ou des délinquants sur le territoire de l'un des états formant la base juridique de la souveraineté du droit sur la personne.

Le même principe se manifeste dans le traité passé entre Rome et Antiochus (1) et dans le décret rendu par la ville

(1) Tite-Live XXXVIII, 11, 12. — Polybe, XXII, 26, 16, 17.

d'Hierapythna en faveur de Magnesia dans la deuxième moitié du ve ou la première moitié du vi^e siècle de Rome (1). On assure aux habitants de Magnesia l'aptitude au droit, sans recourir à une concession préalable et expresse de la κοινωνία ἀλλακτική et on subordonne le droit reconnu au système de la souveraineté territoriale de la loi.

Il est un autre argument, négatif, il est vrai. Il arriva un moment où la liberté d'un grand nombre de cités helléniques ne fut établie que sur une reconnaissance de la part de Rome.

Or dans les différents fragments que nous possédons des décrets rendus en faveur de ces cités, nous ne voyons rien de particulièrement stipulé pour les citoyens romains en ce qui concerne l'ἐπιγαμία, l'ἔγκτησις, la κοινωνία ἀλλακτική, et la δικαιοδοσία, on ne leur réserve même pas une garantie générale des droits privés. Par suite, il est permis de supposer que l'aptitude à ces droits était accordée directement, et sans l'intermédiaire de la concession préalable d'une garantie juridique personnelle.

Nous trouvons encore une preuve de l'abandon du système de la souveraineté nationale du droit dans la *lex Antonia de Termessibus* de 683.

Et aussi dans le décret du proconsul d'Asie, de l'année 66 de notre ère (*C. I.* Gr. n° 2222) rendu à l'occasion d'une querelle qui s'était élevée entre les habitants de Chios et ceux d'un autre Etat. Ce décret cite un passage du *senatus consulte* qui avait octroyé la *libertas* à Chios : il est ainsi conçu : « Legibus et consuetudine et jure utan-
» tur Chii quæ habuerint, quum in populi romani amici-
» tiam venissent, ut nullo edicto adstringantur magistra-
» tuum prove magistratu, ii autem qui apud eos versentur
» cives romani, Chiorum teneantur legibus ».

(1) Voigt, sup. XIII, § VII, p. 210, donne le texte de ce traité.

(Trad. latine de M. Voigt. *Sup.* XIII, § XIV, p. 247).

On voit que la concession de la *libertas* aux habitants de Chios avait une double conséquence :

1° Les habitants de Chios n'obéissaient qu'à leurs lois nationales ;

2° Les Romains, sur le territoire de Chios, étaient soumis au droit particulier de cet Etat. On peut en conclure que le droit de Chios avait une souveraineté, non pas nationale, mais bien, suivant les cas, territoriale ou causale (1).

Autres *liberæ civitates* de l'*Orbis romanus*.

Quant aux *liberæ civitates* de la côte septentrionale d'Afrique, tout ce que l'on en peut dire, c'est qu'elles ont subi l'influence des principes helléniques, mais que leur *jura civilia* reproduisaient vraisemblablement les dispositions du droit punique. Il est du reste certain, étant donnée l'intensité de leur vie commerciale, que les étrangers y jouissaient de certaines facultés juridiques.

Les *liberæ civitates* d'Occident furent tirées d'un état très bas au point de vue du droit par Rome elle-même qui les pénétra des mêmes principes admis dans les *jura provincialia*.

Enfin les *civitates liberæ* d'Italie étaient, comme Rome, subordonnées au système de la nationalité du droit.

Les droits municipaux peuvent être :

1° Soit ceux des communes d'Italie qui perdirent la liberté, sans acquérir la cité. — Ces communes participaient au commercium du *jus civile romanum* et leurs relations avec les pérégrins étaient réglées par le *jus gentium* (Voigt : II, § 45, 59).

2° Soit les droits municipaux des villes provinciales, qui, quoique soumises au *jus provinciale,* conservaient

(1) Voigt : *l. cit.*, Sup. XIII, § XIV.

cependant certaines dispositions juridiques qui leur étaient propres.

Ces droits municipaux étaient assimilés au point de vue de la souveraineté au *jus provinciale*.

3° Soit enfin ceux des communes qui avaient la cité romaine ou le *jus civitatis*, et qui possédaient, à côté du *jus civile Romanorum*, d'autres réglementations de droit local. Ces derniers droits locaux sont traités, sous les noms de *mores, consuetudines*, par les jurisconsultes absolument comme les *jura provincialia*.

Pour conclure, en dehors du *jus civile Romanorum*, aux derniers temps de la République, c'était un système mixte de souveraineté qui prédominait dans les différents droits suivis dans l'Empire romain.

Des cas de collisions.

Maintenant que l'on connaît comment chaque personne se trouvait soumise à une loi particulière soit par sa naissance, soit par son séjour dans un territoire déterminé, soit par sa position même dans un rapport juridique, il est facile d'indiquer les cas où les divers droits que nous venons de passer en revue, entraient en collision.

1° *Cas de Collision. — Droit civil de Rome. — Droit civil d'une* libera civitas.

Il est d'abord une catégorie de conflits de lois, résultant de la réunion chez une même personne du *connubium*, du *commercium* et de la *recuperatio* du droit civil de Rome et de celui d'une autre cité.

Le même individu se trouve être personnellement soumis, *in abstracto*, à deux droits civils différents : de là une collision entre deux législations ayant chacune une souveraineté personnelle.

Le cas se présentait, notamment, pour les *Latini veteres*. Nous savons en effet que le traité de Spurius Cassius, conclu avec le *nomen latinum,* accordait ou reconnaissait aux membres des cités alliées, à charge de réciprocité en faveur des citoyens romains, la jouissance des droits privés du *jus civile romanum.*

Supposons donc un allié latin, un *fœderatus*. Il était apte en principe à invoquer soit le droit civil de Rome, soit celui de sa propre cité : mais à quelle loi, en particulier, devait-on soumettre l'opération juridique où il se trouvait intéressé ? Comment prévenait-on les conflits pouvant s'élever entre le *jus civile romanum* et le *jus civile* de ce Latin ?

Sell (1) envisageant un traité passé entre Rome et une nation étrangère établissant des récupérations pour juger des contestations entre les membres des deux Etats, se demande quel était le droit appliqué par ces juges spéciaux aux affaires qui leur étaient soumises.

Il lui paraît tout d'abord incontestable que le *jus gentium*, lorsqu'il fut définitivement formé, dut servir de source juridique dans les *judicia recuperatoria*. Mais pour l'époque antérieure à la création du *jus gentium,* Sell considère comme possible une des trois hypothèses suivantes : 1re Ou les Récupérateurs suivaient le droit romain ; 2° ou ils s'en reféraient à la loi du pérégrin ; 3o ou bien enfin ils appliquaient une règle spéciale formée du mélange des deux droits précédents.

Quant à la première hypothèse, Sell se refuse à l'admettre. Pour lui, le droit romain, par sa nature même, n'aurait pu trouver place dans les procès entre citoyens et *socii*. La rigidité du droit romain primitif, son extrême

---

(1) Sell : *Die recuperatio der Römer,* chap. II, § B, n° 6, p. 315-339 ; Brunswick, 1837.

subtilité, si fréquemment attestée dans les sources (1), l'empêchaient de se plier aux circonstances particulières. Insusceptible d'extension ou de restriction, il n'était employé que là où se trouvaient réunies toutes les conditions qu'il exigeait : aussi serait-il resté le plus souvent sans efficacité pour le pérégrin, ce dernier n'étant naturellement pas assez versé dans les principes juridiques romains pour s'y conformer sans avoir à craindre de commettre d'erreur.

Sell appuie ces arguments généraux sur un certain nombre de textes.

La confirmation la plus puissante de son allégation se trouverait dans Tite-Live (XXXV, 7). De ce passage que nous avons étudié plus haut et que nous retrouverons plus loin, il résulterait qu'à Rome le *socius,* c'est-à-dire l'allié jouissant de la *recuperatio*, échappant aux lois romaines sur l'usure, n'était aucunement soumis aux lois civiles de Rome. Mais c'est là une généralisation que nous croyons erronée, comme nous l'avons montré précédemment.

Sell invoque aussi un fragment de Plaute (Rudens, III, 4, 18, 20). On connaît la scène. Dæmones, originaire d'Athènes, mais fixé à Cyrène où il est propriétaire foncier, s'intéresse à deux jeunes filles qui cherchent aide et protection auprès de l'autel de Vénus contre le *leno Labrax*. Ce dernier s'efforce d'arracher les fugitives du lieu saint, mais à ces efforts on oppose des menaces jusqu'au moment où Labrax s'écrie :

Lab. *Mihi non liceat meas ancillas Veneris de ara abducere?*

Dæmones : *Non licet : ita est lex apud nos.* — Labr. :

(1) Notamment Gaius, IV, 30.

Mihi cum vestris legibus nihil est commercium: equidem istas jam ambas educam foras.

Labrax n'est pas cyrénéen, car il n'aurait pu se soustraire aussi facilement aux lois de sa patrie. Plaute met donc en présence un habitant de Cyrène et un étranger, et si, comme il est légitime de le faire, on suppose reproduites dans cette scène les idées juridiques romaines, on est conduit à conclure que le pérégrin n'était pas à Rome régi par le *jus civile.* Nous répondrons que Plaute n'a en vue que le simple pérégrin, non le *socius,* comme il ressort des mots mêmes prononcés par Labrax : *Cum vestris legibus nihil est commercium* ; que, par suite, il est impossible de tirer argument de ce texte pour refuser à l'étranger ayant reçu concession du *commercium*, du *connubium* et de la *recuperatio* toute participation au droit romain.

Il est vrai que Sell cite alors un passage de la loi des XII Tables qui, au témoignage de Cicéron (*de Officiis* I, 12) aurait été ainsi conçu : *adversus hostem æterna auctoritas.* Ce texte signifierait que l'*usucapion* était refusée à l'*hostis.* Quelque fût le laps de temps pendant lequel ce dernier eût possédé la chose du citoyen romain, il ne pouvait jamais l'acquérir. On ne peut objecter que l'*hostis* n'est pas le membre d'une cité alliée. Le mot *hostis* se retrouve dans le fragment si souvent cité de la loi des XII Tables : *Status condictusve dies cum hoste* et le passage entier de Cicéron (de *officiis* I, 12) porte : « *Hostis enim apud majores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant duodecim tabulæ,* UT STATUS DIES CUM HOSTE, *itemque* ADVERSUS HOSTEM ÆTERNA AUCTORITAS. »

L'*hostis* était donc bien l'étranger jouissant de la *recuperatio,* car nul autre pérégrin, au temps de la loi des XII Tables, n'a le droit d'agir en justice.

Nous reconnaissons l'identité du *socius* et de l'*hostis,* mais est-il bien sûr que l'on donne au passage précité des

XII Tables son véritable sens? Nous pensons, en effet, qu'il résulte de Paul (*Sentences*, II, 17, § 2 et 3) et de Cicéron (*pro Cæcinâ*, XIV, 54) que la personne qui aliénait un objet par voie de mancipation, le *mancipio dans*, était tenue de prendre le fait et cause de l'acquéreur troublé dans sa possession, de lui fournir son *auctoritas*. S'il s'y refusait et que l'éviction fût consommée, il pouvait être contraint par l'action *auctoritatis* à restituer le double du prix qu'il avait reçu (1). L'*auctoritas* n'était dû que pendant un an ou deux ans (2); mais, par faveur, il était toujours permis à l'*hostis* devenu acquéreur du citoyen romain, de réclamer l'*auctoritas* du *mancipio dans* : telle serait la véritable portée de la règle *adversus hostem æterna auctoritas* (3). Aussi, loin d'être défavorable au *socius*, elle constituerait pour lui un privilège spécial.

Si le droit romain ne pouvait être appliqué par les récupérateurs aux contestations où intervenaient des pérégrins, Sell n'admet pas davantage que ce fût la loi personnelle du pérégrin qu'on dût suivre. Il décide en ce sens en raison de la répugnance du Romain à se soumettre à un droit étranger, de la rigueur du droit romain primitif qui devait exclure du *forum romanum* toute loi étrangère, et de la difficulté pour les récupérateurs de connaître les dispositions des droits particuliers des différents *socii*. Il adopte donc le troisième système.

Les récupérateurs prenaient pour base de leurs décisions un ensemble de règles juridiques formées du mélange du Droit romain et de celui de la nation avec laquelle le *fædus*

---

(1) L'action *auctoritatis* (*Etude* de M. Girard. *Revue hist. de Droit fr. et étranger*, 1882, p. 181 et suiv.).

(2) Cicéron : *Top.* IV, 23. Orelli : *Quod in re pari valet, valeat in hâc, quæ par est, ut, quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium. At in lege* (*XII Tab.*) *ædes non appellantur, et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus.*

(3) Voigt, II, § 26, p. 161.

était intervenu : ces règles juridiques étaient organisées dans le traité lui-même dont elles constituaient une des clauses.

On peut s'étonner que les Romains qui n'ont réuni en un recueil leurs différentes lois qu'en 304 se soient livrés dès l'antiquité la plus reculée à un travail de manipulation des droits étrangers pour en former une sorte de code adjoint à chaque traité international.

On conçoit difficilement aussi la possibilité de transactions fréquentes, ininterrompues entre citoyens et *socii*, alors que la loi appelée à régir l'opération variait avec la nationalité du pérégrin avec qui on traitait : enfin la difficulté devait être bien grande pour les récupérateurs de se reconnaître au milieu de la foule de ces petits codes conventionnels.

Mais cette opinion qui choque par sa bizarrerie, est-elle, du moins établie solidement sur les textes? On peut faire observer que nulle part à l'occasion des traités qu'ils rapportent ou dont ils donnent l'analyse, les historiens ne font mention de ces règles juridiques codifiées. Mais Sell invoque un passage de la *lex Antonia de Termessibus,* plébiscite de 683.

II. Lin. 19-22 : « Quæ leges, quodque jus, quæque » consuetudo L. Marcio sex. Julio Cos. inter cives roma» nos et Thermenses majores Pisidas fuit, eædem leges, » idemque jus eademque consuetudo inter cives roma» nos et Thermenses majores Pisidas esto » (1).

Dans les termes de ce plébiscite, on reconnaîtrait l'existence d'un droit particulier, distinct du droit romain et du droit de Termesse, destiné à régir les relations des Romains et des habitants de cette *libera civitas,* car autrement le texte s'exprimerait d'une façon différente, et

(1) Bruns : *loc. cit.*, p. 93.

porterait par exemple : désormais on usera dans les rapports des Romains et des citoyens de Termesse du droit des premiers ou des seconds.

A nos yeux le passage de la *lex Antonia* a un tout autre sens : il se rattache à ce que nous avons dit précédemment de l'abandon dans les cités helléniques du principe de la souveraineté personnelle du droit et de l'adoption d'un système mixte. Au temps de la *lex Antonia,* la transformation était complète, les étrangers étaient admis *de plano,* dans les villes grecques, à la jouissance des droits civils ; aussi les Romains se contentèrent-ils de stipuler, lorsqu'ils reconnurent l'indépendance de Termesse, le maintien d'un état de choses qui satisfaisaient pleinement à leurs intérêts.

Le second texte cité par Sell est aussi, pensons-nous, interprété d'une façon défectueuse : c'est le passage du discours de Démosthène περὶ Ἀλοννήσου que nous avons déjà analysé.

Voici comment on raisonnerait sur ce texte. Démosthène dit formellement que, aucune convention particulière n'existant entre Athènes et la Macédoine, les Athéniens étaient soumis en Macédoine aux lois macédoniennes et les Macédoniens à Athènes aux lois athéniennes. Philippe propose un traité contre lequel Démosthène met en garde ses concitoyens, craignant quelque but caché poursuivi par le roi artificieux. Mais si un traité devait modifier la situation antérieure, c'est qu'il était de principe que, quand un accord sur le droit privé intervenait entre deux peuples helléniques, on n'appliquait pas la loi de l'État où la contestation était jugée, mais tout autre règle juridique, très probablement, ajoute Sell, un ensemble de prescriptions empruntées aux droits particuliers des pays contractants.

Nous avons fourni une autre explication de ce passage

de Démosthène : ajoutons que la proposition de Philippe ne concernait pas l'établissement d'un code international de droit privé entre Athènes et la Macédoine, mais bien la conclusion d'une ligue juridique qui remplaçait le système de la souveraineté territoriale du droit par la mise en pratique du principe *actor sequitur forum rei* (1), ce qui semble à Démosthène une nouveauté inopportune.

Nous repoussons donc le système de Sell, si contraire à ce que nous connaissons de l'antiquité romaine. Nous ne nous arrêterons pas à l'opinion du Huschke (Crit. Jahrb. I, p. 901, sq.) qui veut que les récupérateurs n'aient jamais appliqué que le *jus gentium,* supposant ainsi, contrairement à la vérité historique, l'existence primordiale de ce *jus gentium* et laissant sans explication, comme sans effet, la concession du *commercium* et du *connubium* faite aux *socii,* ni à la théorie de Puchta (*Cursus der Institutionen,* 8e édit., Leipsig, 1875, § 89, p. 203) d'après laquelle les récupérateurs n'auraient été tenus de se conformer à aucune loi particulière, mais auraient donné librement, à chaque espèce la solution qui leur agréait le mieux (2), nous exposerons immédiatement le système que nous croyons le plus rationnel, comme le plus solidement établi sur les textes.

Il faut distinguer séparément toutes les relations juridiques comprises dans le domaine du *connubium* et d'autre part toutes celles rentrant dans le domaine du *commercium et de l'actio.*

Pour le *connubium*, on peut poser comme principes

---

(1) Cela résulte des paroles mêmes prononcées par Démosthène :

« Autrefois, quoiqu'il n'en fût pas ainsi, on ne trouvait nul avantage à ces traités, on ne voulait pas traverser la mer de Macédoine à Athènes, d'Athènes en Macédoine pour venir *chercher un jugement. (Œuvres politiques de Démosthène ;* traduction Plougoulm, t. II, p. 215, Paris 1861). Voir Voigt, *l. c.,* IV. Sup. XIII, p. 242, note 43.

(2) Voigt : *l. c.,* II, p. 106, note 158.

1° Que la pérégrine unie à un citoyen romain *justo matrimonio* restait pérégrine : comme à l'inverse, la citoyenne romaine épousant un pérégrin, restait citoyenne romaine ; nulle part, en effet, le mariage n'est cité comme un mode d'acquisition de la cité, ni comme une cause de *media capitis deminutio*.

Le *status* de la femme, sa condition juridique antérieure restaient donc intacts et indépendants du *status* du mari.

2° D'autre part, l'épouse (*justa uxor*) pérégrine d'un citoyen romain ne tombait pas sous la *manus* de son mari car l'analogie était complète entre la *manus* et la *patria potestas*, (ce qui est indiqué par Gaius C. I. §§ 108 et 109) et la *patria potestas* ne pouvait exister dans les relations de pérégrin et citoyen (Gaius, C. I, § 128, Ulpien, *Régles* X, 3.

C'était là une conséquence de l'impossibilité pour les pérégrins d'entrer dans les liens de l'agnation romaine (1).

2° L'enfant né du mariage du citoyen romain et de la pérégrine suivait la condition de son père : il était citoyen romain et soumis à la *patria potestas* (G. C. I, 56, 80). L'enfant né de l'union d'une citoyenne romaine et d'un pérégrin, prenait, lui aussi, la condition de son père (Gaius, C. I, 92. Voir § 77) (2).

Ainsi donc, à l'origine, le mariage du citoyen romain avec la pérégrine était dénué de tout effet civil. Aucune solennité n'accompagnait sa formation.

Car les effets du mariage soit personnels, soit pécuniai-

(1) On peut en trouver une trace dans Tite-Live (XXVI, 33, 3) qui, nous parlant des Campaniens admis depuis 414 au connubium romain, s'exprime en ces termes : *Adfinitatibus plerosque et propinquis jam cognationibus ex connubio vetusto junctos*. Il est à remarquer que l'historien reconnaît que des liens de cognation résultaient des nombreux mariages entre Campaniens et Romains : mais qu'il ne dit rien de l'*agnation*.

(2) Voigt, II, p. 129, note 105.

res n'étaient à l'égard de la femme que le résultat de la *manus* et il n'y avait de formes solennelles requises que pour l'établissement de cette dernière. Le droit civil laissait donc l'union légitime entre citoyen et pérégrin, pour tout ce qui touchait aux conditions de forme et aux relations d'époux à épouse sous l'empire des simples coutumes de la vie. Mais les coutumes s'immobilisant petit à petit et se transformant en droit coutumier, il arriva que les relations matrimoniales, ainsi que l'établissement et la dissolution du mariage furent réglées par un véritable droit coutumier, celui de la cité à laquelle appartenait le mari, proposition qui trouve sa confirmation dans Gaius, C. I, § 92 : *ex peregrino, cui secundum leges moresque peregrinorum conjuncta est* (*sc. civis Romana*).

Comme conclusion, on doit reconnaître que dans le domaine du *connubium*, les Romains faisaient dépendre le *justum matrimonium*, en ce qui touchait sa forme juridique, son établissement et sa dissolution, du *jus civile* du mari. Ce même *jus civile* régissait les rapports d'époux à épouse, de père à enfant et déterminait le *status* de ce dernier.

D'où on est conduit à admettre en matière de *connubium* le principe de la souveraineté causale du droit : Le *jus civile* du mari et du père déterminant la loi du mariage et le *status* de l'enfant.

Envisageons maintenant le *commercium* et la *recuperatio*.

Un étranger a obtenu le *commercium* romain et il peut accomplir à Rome tous les actes juridiques tendant à l'acquisition de la propriété ou à la formation d'une obligation d'après le *jus civile* : il jouit en outre de la *recuperatio* et peut poursuivre et être poursuivi en justice. Par quelle loi sera régie la transaction où il sera intéressé, quelle sera la juridiction appelée à en connaître ? Devra-t-

on suivre le droit romain et attribuer compétence aux *Recuperatores ?* S'en rapportera-t-on à la loi et à la juridiction nationales du pérégrin ?

En matière de *commercium* et d'*actio,* le droit aurait une souveraineté locale ou territoriale, la transaction serait régie par la loi du lieu de son accomplissement et devrait être jugée devant la juridiction de ce même endroit. Ce serait donc le séjour des intéressés qui déterminerait en même temps et le droit local et le tribunal compétent.

C'est dans les traités, tels que l'histoire, ou simplement, peut-être, la tradition nous les rapporte, qu'on trouverait la principale preuve de cette proposition.

Le premier de ces traités est celui que Polybe (III, 22) nous donne dans toutes ses clauses. Conclu entre Rome et Carthage en 245, il portait dans son art. 4 (Trad. en latin de M. Voigt, vol. II, p. 577).

« Si quis Romanorum in eam Siciliæ partem venerit, » quæ sub ditione Carthaginiensium est, paria sunto omnia » Romanorum (c'est-à-dire, omnia quæ de jure ad Romanos pertinent) paria sunto iis, quæ Carthaginienses » pertinent ».

De ce texte il résulte une assimilation complète du Romain se trouvant sur la partie carthaginoise de la Sicile au Carthaginois lui-même : et, par suite, la soumission de ce Romain au droit punique.

Un second traité de 405, intervenu également entre Carthage et Rome et qui nous a été transmis aussi par Polybe (III, 24), contenait la disposition suivante dans son article 7 (Trad. latine de M. Voigt, vol. II, p. 600).

« In Sicilia, quæ quidem in Carthaginiensium potestate » est, item Carthagine, omnia et agunto et emunto vendunto Romani, quæ ipsi civi licet. Item Romæ Carthaginiensibus jus esto. »

Le Romain à Carthage et en Sicile, le Carthaginois à

Rome devant être traités comme le national pour toute vente (*emere*, πωλειν, vendre) ou toute opération juridique (*agere*, ποιειν), l'un et l'autre étaient respectivement soumis à la loi et à la juridiction du lieu où la relation de droit s'était formée.

Enfin une phrase du traité de Spurius Cassius, entre Rome et le *nomen latinum*, de 261, aurait été, au dire de Denys d'Halicarnasse (VI, 95), ainsi rédigée (Trad. lat. de M. Voigt, t. II, p. 155) :

« Privatorum commerciorum lites intra decem dies finian-
» tur apud quos ortum est commercium. »

On attribuait donc compétence à la juridiction du lieu du contrat, et, par une conséquence nécessaire, on subordonnait aussi bien les formes de procédure que la loi du contrat, au droit local.

Que ces traités nous aient été ou non transmis dans leurs termes exacts (1) ils devaient certainement réfléter l'esprit général du système suivi par les Romains pour la solution des conflits de droits qu'entraînait la concession du *commercium* aux citoyens d'une *libera civitas*.

Ce qui le confirme, c'est ce que dit Festus des municipes (V. S. *municipium*) :

« Municipium id genus hominum dicitur, qui quum
» Romam venissent neque cives Romani essent, participes
» tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum
» unâ cum Romanis civibus, praterquam de suffragio
» ferendo aut magistratu capiendo. »

Le *fœderatus*, par le seul fait de sa venue à Rome, par-

(1) Il est permis de croire qu'ils nous ont été fidèlement transmis, si on considère que le *fœdus Cassianum* existait encore du temps de Cicéron, gravé sur une colonne de bronze, derrière les Rostres. (Cic. *pro Balbo*, 23, 53) et que les deux traités avec Carthage de 245 et 406 ont été conservés dans le temple de la Bonne Foi Romaine jusqu'à l'incendie du Capitole à la chute de Vitellius. (Suetone-Vesp., 9) (Mommsen : *Hist. Romaine*, Trad. Alexandre, vol. IV, Appendice C., p. 403.



ticipait à tous les droits privés exactement comme le citoyen romain et selon le *jus civile Romanorum*. Seuls, le *jus suffragii* et le *jus honorum* lui étaient refusés (1).

On peut enfin tirer une dernière preuve du passage bien connu de Tite-Live (XXXV, 7) qui nous montre des citoyens romains devenant débiteurs à Rome par contrat littéral (*nomina transcriptitia*) de *socii* et *Latini* jouissant les uns et les autres du *commercium*. (Voigt, II, p. 171, 173).

Notre conclusion est la suivante : Lorsque par suite de la concession du *commercium*, de la *recuperatio* et du *connubium* à des individus ayant déjà leurs lois et leurs juridictions nationales, une même personne était apte à invoquer en même temps le *jus civile Romanorum* et le *jus civile* de sa cité, on suivait un système mixte de souveraineté du droit.

---

(1) Il existe une autre opinion d'après laquelle Festus comprendrait parmi les *municipes* non pas les *fœderati* mais bien les *cives sine suffragio*. Il faudrait tout d'abord distinguer deux classes de *municipes* : dans la première se rangeraient ceux qui avaient le privilège de jouir d'une organisation municipale indépendante de former des communes *ut semper rempublicam separatim a populo Romano haberent*. Dans la seconde, on compterait ceux qui, n'ayant ni sénat, ni magistrats, ni assemblée du peuple étaient administrés par Rome comme de simples bourgs (*vici*). — Mais les *municipes* des deux catégories présenteraient ce caractère commun d'être des *cives sine suffragio*. Cette assertion serait confirmée par un autre passage de Festus (Bruns : *Fontes Juris*, p. 344, v. *Municeps*) où les habitants de Cumes, d'Acerra, d'Atella sont traités de *cives Romani*, alors que dans le passage de Festus que nous avons cité ces mêmes *Cumani*, *Acerrani*, *Atellani* sont désignés comme non *cives Romani* (Bruns, eod. v. *Municipium*). En définitive, le mot *municeps* serait l'appellation officielle, juridique, de l'individu que les historiens nomment improprement *civis sine suffragio*. Si Festus considère le *municeps* comme étant un non-citoyen, c'est parce qu'il n'a qu'un droit de cité incomplet et qu'il n'est pas compris sur la liste des tribus. (Marquardt, Handbuch der Rom. Alterth, Rom. Staatsver, 1er vol. 2e edit, p. 31-33.

Ces raisons ne nous paraissent pas décisives et nous préférons avec Voigt (II, p. 172, note 159). Niébuhr. Rom. G. II, 65. Walter, G. d. R. R. § 85 nous attacher au sens bien précis du mot *civis* et considérer comme des pérégrins et des socii ceux dont Festus dit : « *Non cives Romani sunt, sed post aliquot annos cives Romani effecti sunt.*

Toutes les relations légales comprises dans le *connubium* obéissaient au principe de la souveraineté causale du droit et étaient régies par le *jus civile* du mari ou du père.

Au contraire en ce qui concerne le *commercium* et l'*actio* on suivait le système de la souveraineté territoriale du droit. L'obligation était soumise à la loi du lieu de sa formation, et c'était le tribunal de ce même lieu qui était appelé à en connaître.

Il est cependant nécessaire de faire une double remarque. Il faut reconnaître tout d'abord que le *commercium agrorum* échappait complètement à la règle que nous avons posée pour le *commercium* en général, et cela, pour la simple raison que le *commercium agrorum* était refusé par Rome aux *fœderati*.

La preuve en est dans le rapport établi par Servius Tullius entre l'organisation de la cité et la division du territoire de Rome en districts. Il est hors de doute, en effet, que le *fundus privatus romanus* était partagé en différents cantons, *regiones* ou *tribus*, et que tout accroissement à l'*ager privatus romanus* devait être nécessairement compris dans un de ces cantons. C'est ce qui ressort de Cicéron (*pro Flacco*, 32, 80). Un certain Caïus Apuléius Decianus avait distrait du territoire d'*Appolonis* (*libera civitas* de Lydie) quelques terres. Pour montrer que c'était illégalement que ces terres avaient été traitées comme *ager privatus romanus*, par Caïus Apuleius, Cicéron pose à ce dernier cette question :

In qua tribu denique ista prædia censuisti ? marquant par là qu'un territoire ne saurait être considéré comme *ager romanus* qu'autant qu'il est adjoint à une tribu.

D'autre part, il était de règle que la propriété d'un fonds compris dans une tribu était attribuée à un propriétaire appartenant à la même tribu, ou, en d'autres termes, le fait de dépendre de telle ou telle tribu administrative

était déterminé par la tribu territoriale à laquelle était adjoint le fonds qu'on possédait : c'est ce que Pline nous indique (Hist. nat. XVIII, 3).

Rusticæ tribus eorum qui rura habent.

Il est vrai que dans l'antiquité nous trouvons deux exceptions à cette règle : car on pouvait, à titre de peine, transporter un citoyen dans une tribu urbaine et pour l'affranchi le classement dans une tribu reposait sur une qualité personnelle de l'individu et non sur la nature de sa propriété, bien que pour ces deux classes de citoyens l'aptitude à l'acquisition et à la possession de l'*ager romanus* ne fut en rien diminuée. Ainsi on faisait, en leur faveur, exception au principe qui établissait un rapport étroit entre l'aptitude à la possession d'un fonds d'une tribu déterminée et la dépendance personnelle de cette même tribu : mais cette exception était limitée aux seuls citoyens dont nous venons de parler, à l'égard des pérégrins le principe devait rester entier, car on aurait été conduit autrement à son entier abandon. Tout l'*ager romanus* en effet, tous les biens fonciers compris dans les tribus devaient nécessairement être soumis au cens, ce qui résulte de la dénomination donnée à ces mêmes biens *censui censendo ager* (Paul Diac : S. V, p. 58. *Varro de Lingua, Cat.* V. 160). Or, les pérégrins ne participaient ni à la tribu, ni au cens romain : *censebantur enim antiquitus soli cives romani* (Cicéron, Top. 2. 10). On peut donc décider que le pérégrin même jouissant du *commercium*, ne peut acquérir la propriété d'un *prædium in solo romano*. De plus, ajoutons que, en général, le *commercium agrorum* n'est pas accordé par les Romains aux étrangers et que le caractère de *res mancipi* que présente l'*ager romanus privatus* empêche son acquisition par les modes du droit des gens ; d'où il est de toute impossibilité pour le pérégrin d'obtenir légalement la

propriété d'un *fundus romanus privatus*, quoique rien ne l'empêche, sur un tel fonds, d'acquérir un droit de gage ou d'hypothèque, ainsi que le dit Modestin, liv. 5, Reg. (Dig. XX. 1. 24). « In quorum finibus emere quis prohibe- » tur, pignus accipere non prohibetur. »

Cependant cette exclusion du pérégrin de l'*ager romanus* reçut, dans le cours des temps, quelques modifications, provenant notamment de ce qu'on admit, à partir de la fin du IVe siècle, les *cives sine suffragio* à l'acquisition du sol (Tite-Live, VIII, 19, 4). Mais aussi, pour des raisons politiques et sous des conditions déterminées, on attribua part à l'*ager romanus* à des pérégrins ayant le *commercium*. Nous pouvons reconnaître les circonstances dans lesquelles de tels faits se produisaient dans deux passages, le premier de Tite-Live (XXXIV, 42, 5), le second de la *lex agraria* liv. 21-23.

Tite-Live nous dit que dans l'année 560 les citoyens de *Ferentinum* (*libera civitas* des Herniques) essayèrent de faire reconnaître comme citoyens romains les Latins qui avaient donné leurs noms dans une colonie romaine, mais le Sénat décida que tous ces colons latins inscrits à Pouzzoles, Salerne et Buxentum, qui se prétendaient *cives romani*, ne l'étaient pas en réalité.

Une première conséquence de ce passage de Tite-Live, c'est que les *Latins* pouvaient être, à partir du VIe siècle tout au moins, appelés à fonder, de concert avec des *cives*, des colonies *civium* : ensuite que ces *Latini* étaient aptes à être *adscripti* et à devenir propriétaires de l'*ager romanus*, car la *lex agraria* qualifie de *privatus* cet *ager*, ainsi partagé entre ces colons, *cives et latini*, qui le détiennent comme *veteres possessores, pro vetere possessore*.

Nous voyons aussi dans *Serv. in Æn.* IX, 53, que les Romains au moment de la guerre contre Pyrrhus eurent soin de faire acheter par un soldat de l'armée de ce der-

nier un emplacement dans le *circus Flamineus* pour y procéder, comme sur un territoire ennemi, aux formalités de la déclaration de guerre. Ici la propriété du sol romain est obtenue par un pérégrin n'ayant même pas le *commercium*.

Mais dans ces différents cas, ce n'est pas le *jus civile* qui régissait les rapports des pérégrins avec le peuple romain, et ces attributions de terres par voie *d'adscriptio* et de *datio* avaient un caractère nettement politique : on ne saurait donc s'en servir pour soutenir que le pérégrin aurait pu obtenir un semblable résultat par une opération de droit privé.

Du reste il est incontestable que le pérégrin acquérait valablement la simple *possessio* ou l'usufruit d'un *ager privatus* romain. Ces droits étaient en effet en dehors du *commercium* et accessibles à toute personne libre.

(App. Civ. bello, I. 18, 21, 36. *Lex Agraria*, lin., 29, 31, 32, 50. Cap. 37, lin. 80, cap. 40) (1).

La deuxième remarque est relative au testament. Tant qu'il revêtit la forme d'une *mancipatio per æs et libram*, il était compris dans le *commercium* et il était soumis, non pas au système de la souveraineté causale comme le testament du *jus provinciale*, mais bien au principe de la souveraineté territoriale du droit (2).

2° *Cas de collision.* — Jus gentium. — Jus provinciale, droit municipal *ou* jus civile romanum.

Il se manifeste entre le *jus gentium* d'une part et le *jus civile* ou le *jus provinciale* ou un droit municipal de l'autre. Le conflit n'est plus ici causé par une double qua-

(1) Voigt, *loc. cit.*, II, p. 111-117.
(2) Voigt, *Sup.* XII, p. 115.

lité personnelle de l'individu, la liberté d'un côté, le droit de cité de l'autre, double qualité qui le soumettrait personnellement à la souveraineté simultanée du *jus gentium* et du *jus civile* ou d'un *jus provinciale* : mais la collision est amenée plutôt par les circonstances juridiques d'un rapport de droit.

On peut considérer, en effet, les hypothèses suivantes :

1° Le *jus gentium* donne un droit ou une action simplement étrangers au *jus civile* ou au *jus provinciale*. Par exemple, le droit civil romain en matière de sûreté réelle ne connaît que la *fiducia* ou aliénation révocable, tandis que le *jus gentium* organise le *pignus* ou droit réel de gage. A proprement parler, il n'y a pas collision, puisque les dispositions du *jus gentium* et du droit civil ne sont pas contradictoires, car au *pignus* du *jus gentium* ne correspond rien dans le droit civil. L'ayant droit, dans l'espèce le citoyen romain, sera libre de faire usage des facultés qui lui reviennent et de recourir au *pignus*.

2° A l'inverse, le droit civil romain ou le *jus provinciale* donne un droit ou une action étrangers au *jus gentium*. Ici encore il n'y a pas de véritable collision, le droit reconnu et organisé par le *jus civile* ou le *jus provinciale* ne trouvant pas d'équivalent dans le *jus gentium*: le sujet du droit suivra donc sa loi particulière.

C'est l'hypothèse prévue par Gaius (C. III, § 120).

» Prætereà sponsoris et fidepromissoris heres non tene-
» tur nisi si de peregrino fidepromissore quæramus et alio
» jure civitas ejus utatur. »

Un provincial se porte caution pour un tiers à l'égard d'un citoyen romain (1), par voie de *fidepromissio* : ce *fidepromissor* pérégrin meurt, le *jus gentium* ne donne aucune action contre son héritier, mais le droit particulier

(1) Ou d'un habitant d'une autre province.

de ce provincial étend son obligation à ce dit héritier. Le créancier aura action contre ce dernier, car en appliquant le droit du pérégrin on n'entre nullement en contradiction avec le *jus gentium* qui simplement ne contient aucune action similaire (1).

3° Le *jus gentium* et le droit civil Romain ou le *jus provinciale* contiennent des dispositions contradictoires : Il y a véritable collision, mais ce cas ne doit pas nous occuper, car tout conflit fut tranché par la théorie même du droit (Voigt II, § 53).

4° A l'occasion d'un même fait juridique, le *jus gentium* et le droit civil ou provincial présentent des opérations de droit différentes. Ainsi pour arriver à l'aliénation d'une *res nec mancipi,* le *jus civile* offre l'*in jure cessio* et le *jus gentium* la tradition. Le conflit existe réellement, mais il est dénoué par la personne elle même qui peut à son choix user de l'une ou de l'autre de ces opérations juridiques. Ainsi dans l'espèce le citoyen Romain pourra à son gré employer l'*in jure cessio* ou la tradition.

5° Pour un même rapport juridique le *jus gentium* et le *jus provinciale* ou le droit civil donnent en même temps chacun un droit ou une action. Supposons la vente d'un objet aliéné par mancipation, en cas d'éviction, d'un côté on trouve l'action *auctoritatis* du *jus civile*, de l'autre l'action *empti* du *jus gentium*. La collision est encore tranchée ici, comme précédemment par l'ayant droit lui-même qui invoquera, comme il lui plaira soit l'action *empti,* soit l'*actio auctoritatis*.

---

(1) Ce texte a donné lieu à plusieurs interprétations. D'après M. Humbert. (De la condition des Pérégrins chez les Romains. — Rec. de l'Académie de Toulouse, 1870, XIX, p. 16), la transmission de la dette du *fidepromissor* à son héritier proviendrait de ce que la loi *Furia* ne s'appliquait qu'en Italie. Mais, la loi *Furia* n'était pour rien dans l'intransmissibilité de l'obligation du *fidepromissor:* la raison en était dans cette idée de mandat qui avait fait admettre le caractère viager de la créance de l'*adstipulator* (Accarias, *l. c.*, p. 343).

Néanmoins, si une des actions n'est attribuée que subsidiairement aux autres, la liberté de l'intéressé sera incontestablement limitée, c'est ainsi qu'il ne pourra user de l'action *quod metûs causa* ou demander l'*in integrum restitutio* qu'à défaut de toute autre voie de recours.

(Voigt : *l. c.* Sup. XVI, § 12, p. 323-314. — Savigny : *Syst.* § 231-236).

Les différentes règles que nous venons d'exposer devraient s'appliquer aux cas de collisions entre les *jura civilia* des *liberæ civitates* et le *jus gentium.* Rome était en effet assez puissante pour imposer partout dans les limites de son empire l'observation de ses principes juridiques.

Nous en trouvons une preuve dans Gaius, qui fait probablement allusion au droit particulier d'une *libera civitas. Si alio jure civitas ejus utatur* (C. III, § 120).

3° *Jus civile. — Droit pérégrin.*

Le dernier cas de collision est celui qui se produit entre le *jus civile Romanorum,* d'une part et le *jus peregrinorum* d'autre part, c'est-à-dire le droit provincial, les *jura civilia* des *liberæ civitates* et les droits municipaux.

Le conflit naît ici de la diversité des principes qui rattachent ces différents droits à la personne : car, nous le savons déjà, tandis que le *jus civile* romain obéit au système de la personnalité du droit, le *jus peregrinorum* est subordonné, selon les relations juridiques envisagées à divers systèmes de souveraineté.

Précisons tout d'abord les hypothèses où aucun conflit ne se produit.

1° Dans le domaine de la personnalité du *jus peregrinorum,* c'est-à-dire en tant qu'il réglemente l'état de l'indi-

vidu, les rapports de tutelle ou de curatelle : ici le droit pérégrin est parfaitement d'accord avec le *jus civile* qui, dans ces matières, est lui aussi personnellement souverain.

2° Dans le domaine de la réalité ou territorialité du droit pérégrin, si l'on suppose une obligation née entre citoyens et pérégrins. Si le *locus contractûs* et le *locus actionis* sont placés sur le territoire pérégrin, le *jus peregrinorum* se présente pour réglementer l'obligation, mais le *jus civile* ne s'oppose pas à ce que le citoyen soit régi par le droit provincial, puisque c'est un *jus romanum,* établi par l'état romain, ni même par le droit d'une *libera civitas :* nous avons vu, en effet, que, dans les derniers temps de la République et les premières années de l'Empire, le citoyen romain était valablement soumis aux *jura civilia* d'une *libera civitas* (Décret du proconsul d'Asie. C. I. Gr. n° 2222. (Marquardt, *loc. cit.,* p. 76).

.— Si le *locus contractûs* ou *actionis* se trouve sur le territoire de Rome, tandis que le *jus peregrinorum* se refuse à réglementer l'obligation et remet cette tâche au *jus civile*, celui-ci l'accepte, puisqu'il conteste la stabilité du droit à cause du défaut de *commercium* chez le pérégrin. Il est vrai que cette réglementation négative étant insuffisante, on recourait au *jus gentium* qui organisait alors le rapport juridique.

En ce qui concerne le droit réel immobilier, le *jus peregrinorum* régit tout ce qui a trait aux immeubles situés sur son territoire, mais il est d'accord avec le *jus civile*, qui considère tous ces objets comme des *res extra-commercium*, placées en dehors de sa sphère d'application.

3° Dans le domaine de la souveraineté causale du droit. Les *jura peregrina* étendent leur autorité au testament du pérégrin à l'égard du citoyen, au droit d'héritage *ab intestat* du citoyen à l'égard du pérégrin, ainsi qu'au mariage

de la *civis romana* avec le pérégrin; d'un autre côté, il confie au *jus civile Romanorum* le mariage de la *peregrina* avec le *civis romanus,* le droit d'héritage *ab intestat* ou testamentaire du pérégrin à l'égard du citoyen romain. Mais il ne présente aucune contradiction avec le *jus civile,* puisque ce dernier soumet le testament du pérégrin à son droit particulier (Ulp. XX, 14).

Quant au droit d'héritage du pérégrin à l'égard du citoyen, il est réglementé par le *jus civile* d'une façon négative, par suite de l'absence de *testamentifactio* entre les *cives* et les *peregrini*, mais le *jus civile* ne conteste pas au citoyen le droit d'hériter du pérégrin; il abandonne même au *jus peregrinorum*, l'organisation de ce droit (1).

Il en est de même du mariage de la *civis romana* avec le pérégrin (2), tandis que le mariage du *civis romanus* avec la pérégrine est déclaré non valable (3) à cause du défaut de *connubium* chez le pérégrin. Enfin, l'adoption du pérégrin par le *civis romanus* est nulle, mais l'adoption contraire n'est pas défendue par le *jus civile*, bien qu'elle entraîne une *capitis deminutio*.

En réalité il n'y a que deux positions de droit qui donnent lieu à de véritables collisions entre le *jus civile romanum* et le *jus peregrinorum*. Ce sont les suivantes :

1° Deux *cives romani* entrent dans un rapport d'obligation ou de droit réel mobilier sur le territoire de la province ou d'une *libera civitas*.

Il y a conflit entre le *jus peregrinum* et le droit civil romain, car l'un et l'autre revendiquent la réglementation

(1) Il ne faut pas oublier que, par une faveur spéciale, les militaires peuvent instituer héritiers ou légataires des pérégrins ou des Latins Juniens (Gaius, C. II, § 110) et que d'Auguste à Adrien les pérégrins étaient admis à recueillir des *fideicommis* (Gaius, C. II, § 285).

(2) Gaius : C. I. § 92.

(3) C'étaient alors les règles du mariage du *jus gentium* qui trouvaient application.



de la relation juridique. Le droit civil romain en vertu du systéme de souveraineté personnelle ou nationale auquel il est subordonné, le *jus peregrinorum*, parce que, dans l'espèce, il est localement souverain.

2° Deux *peregrini* entrent à Rome dans un même rapport d'obligation ou de droit réel mobilier : le *jus civile* et le *jus peregrinorum* en vertu de leurs systèmes différents de souveraineté se refusent à réglementer le rapport de droit.

Nous allons voir comment, dans ces deux cas, la collision se trouvait dénouée.

Solution des collisions.

Il ne faudrait pas croire qu'aux derniers temps de la République et au commencement de l'Empire le *jus gentium* fût le seul droit admis à régir les relations de citoyens à pérégrins. De nombreux textes signalent l'application de lois pérégrines à des opérations intervenues entre *cives* et *peregrini*.

Il en est ainsi notamment en matière de prêts à intérêts constatés par des *syngraphæ* et par suite organisés d'après le *jus peregrinorum* (arg. Gaius C. III, § 134).

Nous avons des exemples de pareils prêts passés entre citoyens et provinciaux, mais surtout entre citoyens et *liberæ civitates* ou membres de ces cités.

En ce qui concerne les provinciaux, nous pouvons citer une loi *Gabinia* de 687 « ne provincialibus liceret Romæ » versuram facere, neque ex syngrapha ejus rei causa facta » jus diceretur. »

Si cette loi interdisait au prinvincial d'emprunter à intérêts et ne permettait pas de le poursuivre en vertu de la *syngrapha* dressée à ce sujet, elle autorisait le prêt à intérêts fait au provincial hors de Rome et le prêt à inté-

rêts consenti même à Rome à des *liberæ civitates,* ainsi que l'exercice des actions relatives à des *syngraphæ* rédigées dans ces deux dernières circonstances.

Il est probable que cette loi Gabinia, tomba rapidement en désuétude.

Nous pouvous en effet citer comme prêts à intérêts avancés à Rome à des provinciaux contre *syngraphæ :*

1° Celui fait en 698, par Scaptius et Mantinius, aux habitants de Salamine, ville provinciale (Cicéron, *ad Att.* V, 21, 10, *sq.* VI, 1, 5, *sq.* 2, 7, *sq.*) et celui qu'un certain Sittius avait avancé, contre *syngrapha,* à un Galate, avant l'année 703 (Cic. *ad Fam.* VIII, 2, 2, 7, 5, 8, 10, 9, 3, 11, 4).

Du reste, la façon dont s'exprime Cicéron (*de leg.* III, 8) indique bien que de telles opérations devaient être fréquentes.

« Omitto quemadmodum isti se gerant, atque gesserint, » qui legatione hereditates aut syngraphas suas persequun- » tur. »

Les exemples de pareils prêts sont beaucoup plus fréquents à l'égard des *liberæ civitates* ou de leurs citoyens.

Ainsi Cicéron (*ad Fam.* XIII) cite comme débitrices de prêts à intérêts de M. Cluvius, Mylassa, Alabanda, Heraclea, Bargylia, *liberæ civitates* de Carie.

En 696, P. Claudius prête à intérêts à Brogitarus, ambassadeur à Rome du roi Déjotarus, moyennant une *syngrapha* : la même année intervient une *syngrapha* entre lui et Hermachus de Chios : de même il exécute des *syngraphæ* avec le légat de Brogitarus en 696, ainsi qu'avec des exilés byzantins, probablement à l'occasion de prêts à intérêts (Cicéron de Harusp., resp. 13, 29. pr. Sest. 26, 56. — De Harusp., 16, 34. *p. domo,* 50, 129).

En l'année 698, Ptolemœus Auletes, roi d'Egypte, se fait consentir un prêt à intérêts de C. Rabirius Postumius,

après quoi une syngrapha fut dressée dans la villa Albanaise de Cn. Pompeius. Ptolemœus traita des opérations semblables avec d'autres Romains (Cic. *p. Rab. Post.* 3, 6. — *ad Fam.* I, 1. VIII, 17, 1).

A la même époque, L. Aufidius Bassus prête à intérêt à la *libera civitas* de Tenos, de l'île de ce nom, contre deux syngraphæ et Antonius, en l'an 710, se fait délivrer, au sujet d'une somme d'argent, une syngrapha par l'ambassadeur du roi Dejotarus. Cette somme avait été promise solennellement pour l'investiture de l'Arménie par Dejotarus et, sans aucun doute, on avait simulé un prêt à intérêts (Cicéron Phil. II, 37, 95, 96. — Phil. II, 38, 97. — V, 4).

D'après Voigt l'intervention d'un *jus peregrinorum* dans telles transactions entre citoyens romains et pérégrins s'explique par ce fait, qu'aux derniers temps de la République et dans les premières années de l'Empire, le *jus gentium* ne contenait encore aucune disposition pour des opérations absolument nécessaires cependant aux relations commerciales. C'est ainsi que le prêt à intérêts, du domaine exclusif du *jus civile*, tant qu'il ne put être contracté que par la *sponsio*, n'aurait été qu'à l'époque impériale, compris dans le *jus gentium*, soit sous la forme du *depositum miserabile*, soit quand la stipulation entra dans le droit des gens. Mais sur ce point, croyons-nous, Voigt commet une erreur. La stipulation était certainement du *jus gentium* au temps de Cicéron. En effet la loi Apuleia, qui établit *quamdam societatem* entre les *fidepromissores* (Gaius, C. III, 122) est vraisemblablement de l'année 652. La loi *Furia de sponsu*, dont nous connaissons les dispositions est de 759, d'après l'opinion la plus générale. Enfin une loi Cornélia en 673 s'occupait de la *fidejussio*. Or, la *fidejussio* comme la *fidepromissio* étaient du droit des gens, et avant de devenir des formules de stipulations

accessoires, servaient à des stipulations principales (1) (de Bœck, p. 136, note 2).

Néanmoins il est probable qu'à la fin de la République, en ce qui concernait le prêt à intérêts, le *jus gentium* ne satisfaisait pas complètement aux nécessités des relations commerciales de pérégrins à citoyens. Il fallait donc recourir à un autre droit. On ne pouvait appliquer le *jus civile Romanorum*, le principe de la souveraineté personnelle auquel il était subordonné, s'y opposait. On eut recours au *jus peregrinum* auquel, du reste, le citoyen romain était libre de se soumettre (2).

Quant à l'hypothèque, elle était encore, sans doute, au temps de Cicéron en dehors du *jus gentium* (Cicéron, *ad Fam.*, XIII, 56) et tandis que le *jus civile* ne connaissait peut-être que la *fiducia*, l'hypothèque était déjà une institution de droit hellénique, aussi appliquait-on le *jus peregrinum* en ce qui concernait les garanties réelles dans les transactions entre pérégrins et Romains, sans pour cela entrer en conflit avec le *jus gentium* qui ne comprenait aucune disposition sur la matière.

Si au point de vue du *jus civile*, l'observation du droit pérégrin en ces diverses hypothèses était justifiée, elle ne l'était pas toujours au point de vue du *jus peregrinum* lui-même. En supposant, en effet, l'opération conclue à Rome, c'était au *jus civile* que le *jus peregrinum*, en vertu du système de la souveraineté territoriale du droit sur les relations d'obligations, remettait la réglementation du rapport juridique. Mais alors il intervenait l'idée d'un compromis exprès ou tacite des parties, qui se soumettaient volontairement au droit pérégrin.

(1) On peut tirer un autre argument de la loi 1, § 6, L. XLV, titre I, Dig.

(2) D'après M. Voigt (Sup. XVI, § XIV, p. 326 et suiv.) on n'entrait pas en conflit avec le *jus gentium* puisque le *jus gentium* n'aurait contenu aucun procédé à la réalisation du prêt à intérêts.

Ce compromis était parfaitement admissible, car sa validité était reconnue par les Romains, en ce qui concernait la détermination d'un *forum* spécial (Savigny. *Système,* § 369).

C'est par un compromis semblable que les contractants, en choisissant un autre lieu d'exécution que l'endroit de la conclusion du contrat placent le contrat sous la souveraineté du droit du lieu d'exécution.

Un tel compromis peut seul dénouer les cas de collision que nous avons indiqués plus haut.

Ainsi quand deux pérégrins entrent dans un rapport d'obligation ou de droit réel mobilier sur le territoire romain, ils s'en référeront tacitement ou expressément à leurs *jura peregrina.*

En ce qui concerne le conflit s'élevant entre le *jus peregrinorum* et le *jus civile,* quand deux *cives romani* entraient dans un même rapport d'obligation sur le territoire pérégrin, Rome était assez puissante pour faire triompher ses principes juridiques et faire reconnaître partout, dans son empire, à ses citoyens, l'application de leurs lois nationales.

CONCLUSION

Des deux principales théories que nous venons d'exposer, celle de M. Voigt nous paraît la préférable. Plus complète que celle de de Savigny, elle se concilie mieux avec les textes et s'appuie sur des sources souvent omises ou mal interprétées par le savant romaniste.

On pourra s'étonner, il est vrai, de la multiplicité des règles servant à déterminer dans l'empire romain la loi appelée à régir les divers rapports juridiques. Mais cette multiplicité s'explique par le nombre et la diversité des relations qui, à partir d'une certaine époque, mirent en présence les citoyens, les provinciaux et les membres des *liberæ civitates* comprises dans l'*Orbis romanus*. A Rome, on n'abandonna jamais complètement le principe de la nationalité du droit, le *jus civile* se maintint à côté du *jus gentium* qui présidait, d'une manière quelquefois insuffisante, aux rapports entre personnes dépendant de domaines de droit différents. Mais dans les cités helléniques, l'essor considérable du commerce, le développement des relations entre tous les peuples groupés sur le bassin oriental de la Méditerranée, firent délaisser de bonne heure le système de la personnalité du droit et adopter ce système mixte que nous avons exposé précédemment, système qui, satisfaisant d'une façon complète à l'intensité des transactions entre membres d'Etats différents, passa dans le *jus provinciale* des Romains.

On pourrait donc établir une certaine relation entre les principes suivis dans l'antiquité romaine pour la solution

des conflits de lois et le droit international privé moderne qui, lui aussi, en présence de la quantité et des caractères si divers des rapports juridiques qu'il doit organiser, ne s'en réfère pas à une législation unique, mais applique selon les cas soit la loi territoriale, soit la loi nationale des parties, soit tout autre loi.

Cependant, il est des règles fondamentales en droit international privé moderne dont il est impossible de retrouver la trace dans le Droit romain. Il en est ainsi notamment de la règle *locus regit actum,* car il ne semble pas, comme nous l'avons dit précédemment, que jamais les Romains aient distingué la forme et la substance des actes juridiques pour les soumettre à des lois différentes. De même, nombre de dispositions législatives qui présenteraient de nos jours un intérêt d'ordre public et s'appliqueraient à toute personne foulant le territoire de l'Etat, ne concernaient que les concitoyens Romains.

C'est ainsi que le préteur imagina une formule fictice pour rendre possible l'action *furti* en faveur des pérégrins ou contre eux. Il fallut recourir au même procédé pour l'action de la loi *Aquilia*, de date cependant plus récente (an 407 ou peut-être même 467 de Rome). La loi *Oppia*, de 541 ne visait que citoyennes romaines, aussi voyait-on à Rome les pérégrines et particulièrement les femmes des alliés latins étaler un luxe insolent (Tite-Live. XXXIV, 2 et suiv.), la loi *Orchia* de 593 (Macrobe Sat., 3, 17), la loi *Fannia* de 613, la loi *Julia vicesimæ hereditatum et legatorum* de 758 (Dion Cassius, 78, 9. Pline, *Panégyrique* 37, 39), la loi *Junia Norbana* de 671 (1) n'étaient relative qu'aux citoyens romains.

Quant aux lois *Sempronia de Fœnore* de 561 et *Didia de Somptu* de 611, ce furent des dispositions spéciales qui

(1) Ou plus vraisemblablement de 728 et 729 (Accarias : *Précis de droit romain,* 4e édition, p. 150. Paris, 1886).

les étendirent aux pérégrins. On sait aussi que Caracalla ne donna la cité aux habitants de l'Empire qu'afin de percevoir de tous ses sujets la *vicesima hereditatum* et *legatorum* et la *vicesima manumissionum* que la loi *Julia* n'exigeait que des seuls citoyens romains (Dion Cassius, 78, 12). Enfin ce ne fut qu'à partir d'un *senatus-consulte* rendu à l'instigation d'Adrien que la disposition de la loi *Ælia Sentia* relative aux affranchissements faits *in fraudem creditorum*, fut rendue applicable à ceux accomplis par les pérégrins (Gaius, I, 47).

Tous ces faits s'expliquent, sans doute, par le caractère exclusivement national du *jus civile romanum*, mais la raison en est aussi dans ce que des prescriptions légales qui de nos jours seraient basées sur une idée de morale absolue n'avaient, à Rome, d'autre motif qu'un intérêt purement politique. Ainsi des lois somptuaires, destinées à ramener la Cité à cette antique simplicité de goûts et de mœurs qui avait rendu si forte la Rome primitive. Ainsi des loi sur l'usure : ce n'était pas en considération de l'improbité de l'acte en lui-même qu'on réprimait le prêt usuraire, mais à causes des dissensions souvent sanglantes qui, étant données les positions respectives des Patriciens et des Plébéiens, naissaient de l'exagération des dettes et de l'insolvabilité des débiteurs.

Que les lois sur l'usure n'aient pas eu à proprement parler le caractère de lois civiles, nous en voyons une preuve dans le passage de Tite-Live (XXXV, 7) que nous avons cité si fréquemment. Si la législation répressive de l'usure avait été comprise dans le droit privé, elle eût été rangée parmi les règles du *commercium* et à ce titre se fût imposée aux *Latini* et aux *Socii* usant à Rome du *jus civile* dans leurs relations d'obligations avec les citoyens.

DROIT FRANÇAIS

DES BREVETS D'INVENTION

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

COQUELIN et GUILLAUMIN. — Dictionnaire d'économie politique.

DALLOZ. — Jurisprudence générale. Brevets d'invention.

RENOUARD. — Traité des brevets d'invention et de perfectionnement, 1865.

NOUGUIER. — Des brevets d'invention et de la contrefaçon, 1858.

BÉDARRIDE. — Commentaire des lois sur les brevets d'invention, 1868.

MALAPERT et FORNI. — Nouveau commentaire des lois sur les brevets d'invention, 1879.

E. POUILLET. — Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon, 1879.

HUARD et PELLETIER. — Répertoire de législation et de jurisprudence en matière de brevets d'invention, 1885.

LYON-CAEN et CAHEN. — De la législation des brevets d'invention et des modifications à introduire dans la loi du 5 juillet 1844, 1879.

ALLART. — *Des brevets d'invention.* Thèse pour le doctorat, Paris 1877.

PATAILLE. — Annales de la propriété industrielle, 1855-1886.

AUGER. — *De la protection internationale des inventions brevetées,* Thèse pour le doctorat, Paris 1882.

LYON-CAEN et RENAULT. — Précis de droit commercial 1884-1885.

FRANTZ DESPAGNET. — Précis de droit international privé, 1886.

BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 2ᵉ édition, 1886.

E. GARSONNET — Traité théorique et pratique de procédure, 1882-1885.

BOZÉRIAN. — La convention du 20 mars 1883.



ALBERT PUJOL. — La convention du 20 mars 1883 devant les Chambres de commerce.

Revue de droit international.

Journal de droit international privé, dirigé par M. Clunet.

Annuaire de la Société de législation comparée.

Journal des procès en contrefaçon, dirigé par M. Donzel, 1886-1887.

Journal des Chambres de commerce, années 1886-1887.

Bulletin officiel de la propriété industrielle.

TABLE DES MATIÈRES

Des Brevets d'invention en droit international privé.

DROIT FRANÇAIS

DES BREVETS D'INVENTION

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

INTRODUCTION

DES BREVETS D'INVENTION. — HISTORIQUE. — UTILITÉ DES BREVETS. — NATURE DU DROIT DE L'INVENTEUR SUR SON ŒUVRE. — LES BREVETS D'INVENTION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

§ 1. *Définition et Historique.*

Notre législation reconnaît à l'inventeur le droit exclusif d'exploiter sa découverte et d'en retirer tous les bénéfices qu'elle comporte, pendant un délai qui ne peut excéder quinze années. Pour obtenir cette faveur, il est nécessaire que toute personne qui se prétend l'auteur d'un produit ou d'un procédé industriel nouveau, obtienne du ministre du commerce un brevet d'invention. C'est un simple certificat de dépôt, ne garantissant ni le mérite ni la nouveauté de la prétendue découverte, délivré sans examen préalable et

portant que : tel jour, à telle heure, tel individu s'est déclaré l'auteur d'une invention, sauf aux tribunaux à refuser, comme non fondée en droit, la protection qu'il réclame.

Actuellement, les brevets d'invention sont réglementés par la loi du 5 juillet 1844 ; mais leur apparition dans notre législation est plus ancienne et remonte aux lois des 7 janvier et 25 mai 1791.

Antérieurement, toute protection était-elle refusée aux inventeurs, ou au contraire leur reconnaissait-on certains droits ?

A Athènes et à Rome, la propriété industrielle n'était ni garantie ni sanctionnée, car tout travail manuel était méprisé et abandonné aux esclaves. L'agriculture et les arts libéraux seuls échappaient au mépris général. Mais, en agriculture, il n'y a pas d'invention susceptible de faire l'objet d'un privilège exclusif, et la supériorité en matière d'art dépend moins des procédés employés que du talent de l'artiste (1). Dans la période barbare, la situation était la même. Les hommes libres et les esclaves constituaient toute la société. Les premiers avaient la guerre pour unique occupation, les seconds cultivaient le sol et fabriquaient les rares objets dont le besoin se fît sentir dans ces temps primitifs. L'esclave de l'époque barbare, comme l'esclave antique, par le mépris dans lequel il était tenu, par sa condition qui lui interdisait toute propriété et la jouissance de la plupart des droits, était peu disposé à améliorer les procédés de fabrication dont il usait, et ne pouvait avoir l'espoir de se réserver l'exploitation exclusive des découvertes industrielles qu'il aurait pu faire.

Au moyen âge, à la suite de l'émancipation des communes, apparut la bourgeoisie, classe d'hommes libres qui s'empressèrent de se livrer au commerce et à l'industrie.

---

(1) *Dictionnaire d'Économie politique* de Coquelin et Guillaumin, p. 209.

Mais faibles devant la puissance féodale, ils durent se grouper en corporations, dont les origines se rattachaient souvent aux collèges romains d'artisans ou aux ghildes germaniques, réunissant sous l'invocation d'un saint tous les ouvriers d'un même métier. Ces corporations ne tardèrent pas à solliciter la protection de l'autorité et à en obtenir, moyennant des concessions pécuniaires, le monopole de leur art. Elles eurent leur réglementation arrêtée et comme la charte de leur constitution dans le Livre des Métiers, publié par Étienne Boileau, prévôt des marchands sous St-Louis.

Borné d'abord à certaines cités et à certaines industries, le régime corporatif, à partir de l'édit de 1581, devint général : tout fut monopolisé, arts manuels et commerce, et la France tout entière fut comme enserrée dans un réseau de corporations privilégiées.

Ce système avait rendu l'immense service de sauver l'industrie d'une ruine totale au milieu des troubles de la féodalité, mais en même temps il fut une entrave à l'esprit d'initiative et de perfectionnement dans les arts industriels. Hors de la corporation, il n'y avait pas de place pour l'ouvrier isolé.

Il ne pouvait travailler à aucun métier sans porter atteinte à un monopole; de sorte que, aurait-il trouvé un procédé nouveau, il lui eût été sans profit, puisqu'il n'aurait pu le mettre en œuvre.

Dans le sein de la corporation, l'apprentissage pour devenir compagnon, la nécessité de faire un chef-d'œuvre, apprécié arbitrairement par les jurés, pour passer maître, décourageaient toute tentative de perfectionnement ; plus tard enfin, les règlements de fabrication vinrent imposer comme une loi, dont la sanction était l'amende et parfois la mort, la routine en matière d'arts industriels. Cependant, dès le XVIme siècle, il arrivait que le roi accordait à

l'auteur d'une invention le privilège exclusif de son exploitation. Mais ces privilèges, délivrés arbitrairement par le souverain, étaient souvent sans efficacité pour ceux qui les obtenaient, car ils venaient se heurter au monopole plus ancien, plus puissant des corporations (1).

Ajoutons que, pendant longtemps, ils présentèrent ce danger pour la société de pouvoir être perpétuels. Ce ne fut qu'à partir d'une déclaration du 24 décembre 1762 qu'ils ne furent plus donnés que pour 15 ans au maximum, à moins de prolongation extraordinaire.

Les maîtrises et les jurandes abolies une première fois par Turgot en 1776, mais promptement rétablies, disparurent définitivement dans la nuit du 4 août 1789 et avec elles les privilèges royaux accordés aux inventeurs. Mais on ne tarda pas à sentir le besoin de protéger les découvertes industrielles, et l'Assemblée nationale vota les lois des 7 janvier et 25 mai 1791, organisant les brevets d'invention, tels qu'ils existent encore aujourd'hui (2).

Nous avions été précédés dans cette voie par l'Angleterre qui, dès 1623, par un statut de Jacques I[er], consacrait le régime des brevets. Les Etats-Unis en avaient posé le principe dans leur constitution du 17 septembre 1787, mais ils ne le réglementèrent qu'en 1793.

Quant à la loi du 5 juillet 1844, actuellement en vigueur en France, faite pour mettre la législation industrielle en harmonie avec les progrès des idées depuis la Révolution, elle a beaucoup emprunté aux lois de 1791.

---

(1) Exposé des motifs de la loi sur les brevets d'invention. — Chambre des Pairs, séance du 10 janvier 1843. — Huard et Pelletier : Répertoire de Législation et de Jurisprudence en matière de brevets d'invention, p. 17-18.

(2) Travaux préparatoires de la loi du 5 février 1844. Rapport du marquis de Barthélémy (Huard et Pelletier, *loc. cit.*, p. 62).

§ II

Le régime des brevets d'invention, tel qu'il est organisé chez nous, la jouissance temporaire, mais exclusive, que la loi garantit à l'auteur d'une découverte industrielle, a trouvé des adversaires en sens bien opposés.

Les uns, assimilant l'inventeur à un véritable propriétaire, voient une réelle spoliation dans ce fait que la société, après un certain délai, revendique pour le domaine public l'exploitation du procédé ou la fabrication du produit nouveau. Etant donné le point de départ de leur théorie, ils préconisent ce qu'ils appellent la pérennité des brevets d'invention, c'est-à-dire un régime de monopole, accordé aux inventeurs pour un temps illimité. Les conséquences pratiques de ce système ne les effraient pas. Ils y voient même une augmentation de la richesse publique par l'accroissement du nombre des propriétaires, sans se douter qu'au contraire la fortune publique serait entravée et ruinée par toutes ces propriétés factices et artificielles créées aux dépens de la richesse générale. Ce serait, en effet, établir des monopoles, non sur des objets qui forcément doivent être appropriés, mais sur des choses qui, par leur nature, sont exploitables par tout le monde. Ce serait réserver à un seul ce qui est du domaine de tous. Par là, on porterait l'atteinte la plus grave à la liberté du travail; par là, enfin, on étoufferait toute tentative de perfectionnement ou de découverte, car une invention emprunte nombre de ses éléments à des inventions antérieures, propriétés assurées à d'autres qui, sans aucun doute, ne souffriraient aucun empiètement sur leurs droits (1).

---

(1) Théorie de M. Jobard, de Bruxelles (nouvelle économie sociale ou monopole industriel artistique, commercial et littéraire, fondé sur la pérennité des brevets d'invention, dessins, modèles et marques de fabrique. *Dictionnaire d'Economie politique*, p. 217, vol 1).

En sens diamétralement opposé, nombre d'économistes et de jurisconsultes soutiennent que la société ne peut, sans compromettre ses intérêts et trahir les devoirs qui lui incombent à l'égard de ses membres, assurer à l'inventeur, même pour un temps limité, la jouissance exclusive de son œuvre.

Dans cette théorie, qui a trouvé son plus ferme défenseur dans M. Michel Chevalier (1), on ne nie pas le service qui est rendu aux intérêts collectifs par l'auteur d'un procédé ou d'un produit industriel nouveau.

Mais lui accorder en retour le monopole de son invention, c'est, dit-on, pour la société, faire un marché de dupe. Un novateur ne gardera jamais ses conceptions pour lui, son intérêt le poussant à mettre le plus tôt possible son projet à exécution de crainte de la concurrence. La société ne doit donc pas faire de concession pour obtenir des avantages qui lui seraient acquis sans cela; elle n'a pas le droit d'autre part de limiter la liberté d'action d'aucun de ses membres à moins qu'une nécessité impérieuse ne l'y oblige.

Le monopole, même temporaire accordé à l'inventeur, viole, ajoute-t-on, la liberté du travail, car on donne à un seul ce qui devrait être à tous: on restreint le domaine futur de la société en lui ravissant un bien sur lequel elle a déjà des droits acquis: une invention n'est pas, en effet, le fruit spontané d'une intelligence isolée, mais le résultat des travaux des recherches antérieures, le produit d'une époque et d'un milieu. Les inventions sont dans l'air (2). Ce que l'on dit avoir trouvé aujourd'hui tout le monde l'eût trouvé demain. C'est donc dépouiller la société tout entière que

---

(1) M. Chevalier : *Les brevets d'invention examinés dans leurs rapports avec le principe de la liberté du travail et avec le principe de l'égalité des citoyens.* (Paris, 1875).

(2) Pouillet : *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon.* Introduction, p. XII.

d'assurer à l'inventeur la jouissance exclusive de son œuvre.

Enfin, on conteste l'efficacité des brevets pour ceux mêmes qui les ont obtenus. Souvent, en effet, les inventeurs n'ont pas les ressources nécessaires pour mettre en œuvre leur découverte et la plus grande partie de la durée du brevet se passe à soutenir des procès ruineux contre une contrefaçon sans cesse renaissante.

Toutes ces raisons ne nous décident pas. Contre la contrefaçon d'abord il est un remède: la sévérité de la loi, qu'on peut toujours augmenter si elle est insuffisante.

Il est incontestable en outre que l'inventeur est moins un créateur qu'un devancier; mais si c'est une raison pour lui refuser la jouissance perpétuelle de sa conception, ce serait méconnaître le service qu'il rend à la société que de lui en interdire la jouissance exclusive pendant un certain temps. En matière d'invention, la date est l'essentiel. Il est nécessaire qu'une découverte industrielle se produise le plus tôt possible, et mieux vaut pour la société la payer plus cher pour l'avoir plus tôt que de l'attendre plus longtemps pour la posséder à meilleur marché (1).

Il est vrai que ceux-là même qui ne veulent pas de protection pour l'inventeur, M. Michel Chevalier notamment, proposent pour lui certaines récompenses honorifiques, des pensions et même des allocations pécuniaires proportionnées au mérite de sa découverte.

Mais ce mérite comment l'apprécier et qui l'appréciera ? Sous le système de la protection limitée telle invention qui, au premier abord, paraît d'une utilité extraordinaire, reste sans profit pour son auteur, telle autre, qui semble insignifiante, est une source de richesses. Combien un jury, quelqu'éclairé, quelque perspicace qu'il soit, sera

(1) Comte de Boufflers, Rapport sur la loi du 7 janvier 1791.

exposé à commettre d'erreurs et de déplorables injustices !

Le régime des brevets ne présente pas ces dangers ; l'inventeur, grâce à lui est récompensé, par son invention même, ce qui est de toute justice ; la récompense est exactement proportionnée à la valeur de la découverte, son auteur en retirant des bénéfices d'autant plus considérables que les consommateurs la trouvent plus utile, et cette récompense enfin est payée par ceux-là même qui profitent de l'utilité de l'invention.

En outre, on rend plus rares les secrets de fabrique et peut-être on sauvegarde la liberté du travail, en empêchant l'industrie de se monopoliser entre les mains de quelques puissants manufacturiers. Ce dernier point a été signalé par M. E. Pouillet.

Un inventeur est souvent sans ressources suffisantes pour exploiter seul sa découverte. Il s'entendra alors avec un capitaliste pour obtenir une avance de fonds ou pour lui vendre son œuvre ; mais ce dernier ne pourra jamais la mettre en exploitation sans l'autorisation de son auteur.

Si nous supposons les brevets supprimés, toutes les inventions, tombant dans le domaine public, ne seront mises en œuvre que par les fabricants ayant des capitaux suffisants pour le faire. Bientôt les plus riches seront seuls à exploiter, car diminuant les prix dans des proportions que seuls ils pourront supporter, ils écraseront toute concurrence, pour relever les cours, une fois qu'ils seront devenus maîtres du marché.

Quelles seront les conséquences de cette situation ? L'industrie devenue le monopole de quelques puissants manufacturiers, les inventeurs dépouillés du fruit de leur travail et de leur génie, sans avoir pu en retirer quelque profit ; la consommation, à laquelle on fera librement la loi, obligée d'accepter des prix élevés ; l'industrie enfin découragée, entravée dans ses progrès : car ni le fabricant,

libre d'imposer des produits imparfaits, ni le simple particulier, sans espoir d'obtenir de son œuvre quelque rémunération, n'auront intérêt à modifier ou à perfectionner les produits ou les procédés en usage (1).

Particularités des Législations hollandaises et suisses. — Toutes les nations ont, du reste, adopté le régime des brevets d'invention. Seules les législations suisses et hollandaises l'ont repoussé. A raison de leurs particularités nous nous y arrêterons un instant.

C'est au nom de la liberté du travail et de l'industrie qu'on obtint en Hollande le vote de la loi du 15 juillet 1869, entraînant l'abolition de tous les brevets, sauf ceux régulièrement délivrés ou simplement demandés au jour de sa promulgation. La loi du 25 janvier 1817 qui organisait la protection des inventeurs se trouve donc abrogée : les dispositions défectueuses de cette loi, qui consacrait le système de l'examen préalable pur et simple, ne sont pas étrangères à sa suppression.

La Suisse n'a connu les brevets d'invention que durant la période de la République helvétique (1798-1800). Abolis quand la constitution unitaire disparut, ils ne furent nulle part rétablis, quand les divers cantons reprirent leur souveraineté. Quelques tentatives furent cependant faites, mais inutilement en 1848, 1851, 1854, 1864, pour arriver à leur rétablissement soit au moyen d'une loi fédérale, soit par un concordat entre les divers cantons, comme on a procédé en 1854 pour organiser la protection des droits d'auteurs. On estimait généralement en Suisse que le régime de la libre concurrence n'entravait nullement les progrès de l'industrie nationale, notamment pour certaines de ses branches, les rubans, les soieries. On soutenait que les inventions en Suisse étaient aussi nom-

(1) E. Pouillet : *loc. cit.* introduction, page XX.

breuses que partout ailleurs et les prix plus modiques. C'est ce qu'il ressort d'un rapport fait par MM. Bolley et Kronauer, professeurs à l'école polytechnique de Zurich, et présenté au gouvernement helvétique. Ce dernier désirait répondre à la légation de Prusse qui lui avait adressé plusieurs questions touchant l'influence de l'absence des brevets sur l'industrie (1).

Mais, depuis 1861, un revirement complet s'est produit dans l'opinion des inventeurs et manufacturiers suisses. Tous sont d'accord aujourd'hui pour reconnaître l'excellence de la protection comme stimulant du progrès industriel. Aussi, en 1881, à la suite des nombreuses pétitions adressées à l'autorité fédérale, les chambres, se reconnaissant impuissantes, d'après la constitution, à légiférer sur les brevets, proposèrent au vote des cantons un article additionnel à la Constitution leur accordant ce droit. En 1882, le vote eut lieu et fut défavorable à la proposition des Chambres ; mais cela tenait à ce qu'elle avait été soumise au peuple concurremment à une loi sur les épidémies très impopulaire, dont la défaveur entraîna l'insuccès de la loi sur les brevets. Aussi les inventeurs et les industriels ne se sont pas découragés. Un grand congrès tenu à Olten a décidé de faire des démarches afin que la loi sur les brevets fût de nouveau soumise aux votes des cantons (2). Tous ces efforts ont été couronnés de succès, et le dimanche, 10 juillet 1887, le peuple suisse, par 198,000 voix contre 56,000, a décidé qu'il y avait lieu d'introduire dans la constitution fédérales, une disposition attribuant au pouvoir central le droit de légiférer sur la protection des inventions industrielles (3). La Suisse ne

---

(1) *Revue de droit international,* 1869, p. 617 et suiv.

(2) *Journal Clunet,* 1883, p. 340 et suiv.

(3) *Journal Clunet,* 1887, p. 512.

tardera donc pas à combler la lacune qui existe dans sa législation industrielle et à posséder une loi sur les brevets d'invention.

Néanmoins, en Suisse (loi du 19 décembre 1879) et en Hollande (loi du 25 mai 1880), les marques et dessins de fabrique sont protégés. Remarquons enfin, que, lors de la conférence de Rome de 1886, les délégués hollandais, comme les délégués suisses, sans prendre d'engagement au nom de leur pays respectif, ce qui leur était du reste impossible, ont accédé au vœu exprimé officiellement pas les délégués des autres Etats de l'Union pour la protection de la propriété industrielle, et par lequel on souhaitait que tout pays ayant adhéré ou adhérant à l'Union complétât dans le plus bref délai sa législation en matière de propriété industrielle.

§ III. *Nature du droit de l'inventeur sur son œuvre.*

Quelle est la nature de ce droit de l'inventeur sur son œuvre, droit si universellement reconnu? Notre législateur de 1844, à la différence de celui de 1791, évite prudemment de le définir. On a voulu y voir un véritable droit de propriété, soit parce que l'inventeur serait le créateur d'une puissance industrielle nouvelle, fruit de son travail et de son génie, et par conséquent son bien, soit parce qu'il serait en quelque sorte le premier occupant d'une conception que, du reste, un autre aurait pu avoir à sa place.

C'est méconnaître, croyons-nous, la véritable nature de l'invention. Elle est en effet une conception intellectuelle, une pensée, et la pensée par elle-même est insusceptible d'appropriation. La propriété véritable, avec toutes ses conséquences, ne saurait porter que sur un objet matériel, meuble ou immeuble, circonscrit dans un lieu déterminé

et pouvant produire son maximum d'utilité lorsque quelqu'un le possède et l'exploite à titre privatif. L'invention est au contraire immatérielle, distincte des dessins, des modèles qu'elle inspire et qui n'en sont que l'expression : aucun lieu ne la contient. C'est une pensée qui, émise, pénètre toutes les intelligences ; elle a pour destination naturelle de se répandre partout où va la civilisation. Essentiellement indivisible et une, son mérite ne fait que s'accroître avec le nombre de ceux qui en usent à la fois.

Il est faux, d'autre part, que l'inventeur soit purement et simplement le créateur de son œuvre ; il la doit autant aux travaux de ceux qui l'ont précédé dans ses investigations et dont il a profité, qu'à son intelligence. C'est donc uniquement un droit de priorité qu'il peut réclamer. Comme en imaginant un produit ou un procédé nouveau, il est d'une réelle utilité à la société, il a droit à une rémunération. La plus juste, la plus adéquate au service rendu, c'est la protection que la loi lui accorde. On comprend alors qu'elle puisse être limitée dans sa durée. Si, au contraire, on voit dans l'invention une véritable propriété, comme le faisaient les lois de 1791, comme on l'a soutenu lors du congrès réuni à Paris en 1878, on doit arriver à considérer comme une spoliation la limitation de la jouissance de l'inventeur, ou on est réduit à l'expliquer, comme le faisait le rapporteur de la loi de 1791, par un prétendu contrat intervenu entre l'inventeur et la société, au terme duquel cette dernière vendrait sa protection qu'elle doit gratuitement à tous moyennant, après un certain délai, le retour dans le domaine public d'une propriété qu'elle reconnaît du reste absolue et par suite inviolable (1).

Cependant, il serait impossible de nier que l'inventeur ait un droit direct sur sa découverte. Mais quelle est sa

---

(1) *Dictionnaire d'Economie politique*, p. 210.

nature? Puisqu'il n'est pas un droit de propriété, ne serait-ce pas, comme celui de l'artiste, de l'écrivain, du commerçant sur son œuvre, un droit *sui generis*, qu'on pourrait dénommer droit intellectuel et dont l'organisation spéciale aurait sa place marquée dans nos codes à côté des droits réels et personnels? (1).

§ 4. *Des brevets d'invention en droit international privé.*

Nous avons essayé de démontrer la nécessité d'une protection à accorder à l'auteur d'un procédé ou d'un produit industriel nouveau; nous avons soutenu que pour faire la part entre les droits de l'inventeur et ceux de la société, le système des brevets est le seul efficace. Nous nous proposons maintenant de l'envisager en droit international privé; ce sera l'objet de notre travail.

Cependant, nous devons une explication. Il paraît impossible, à première vue, de rattacher l'étude des brevets d'invention au droit international privé. Ce dernier suppose, en effet, un conflit de lois, c'est-à-dire une lutte entre une ou plusieurs législations dont l'une doit nécessairement prédominer sur les autres et, en un cas particulier, être exclusivement appliquée. Le droit international est l'ensemble des règles rationnelles qui servent à trancher ce conflit, qui déterminent quelle est celle qui doit être suivie de plusieurs législations différentes se rencontrant à l'occasion d'un rapport juridique, règles qui conduisent souvent à l'application d'une loi étrangère. Il est donc nécessaire qu'on se trouve en présence de dispositions légales qui soient susceptibles de s'étendre au-delà du territoire où elles ont été établies et qui, pour être admises et sanction-

(1) *Journal Clunet* (article de M. Picard), 1883, p. 565 et suiv. — Renouard, *Traité des brevets d'invention*, édit. de 1844, p. 26.

nées au dehors, ne doivent pas léser l'ordre public des pays étrangers.

En matière de brevets, la situation est différente. Il n'y a de protégé que celui à qui la loi locale accorde soit expressément, soit tacitement sa protection. Chaque législateur, se laissant guider par des considérations économiques d'intérêt national, est libre de reconnaitre ou non le droit de l'inventeur et de l'organiser comme il l'entend. Accorder un brevet, garantir à l'auteur d'une découverte industrielle le privilège temporaire d'une exploitation exclusive, c'est faire un acte de souveraineté dont l'effet ne saurait se faire sentir au-delà du territoire où s'exerce cette souveraineté même. Lui donner une portée plus étendue, ce serait empiéter sur le droit du législateur étranger, absolument libre lui aussi d'accorder sa protection à qui il croit bon de la donner. L'inventeur qui s'appuierait sur une loi étrangère pour réclamer protection serait dans le même cas que celui qui, en France, se prétendrait Français, parce qu'une loi étrangère lui accorderait ce titre. La loi locale seule s'impose, car chaque nation est souverainement libre de n'admettre dans son sein que les individus qu'elle en croit digne.

Comment rattacher notre étude au droit international? Par ce fait que nous poserons et que nous trancherons une question qui le plus souvent précède la solution de tout problème de droit international privé, la question de savoir quel est le droit des étrangers. Elle rentre ordinairement dans l'étude du droit positif interne d'un pays qui règle la condition des étrangers comme il l'entend, mais elle est comme les prolégomènes nécessaires de tout le droit international privé, et, à ce titre, se rattache directement à cette science. On ne saurait songer à déterminer la loi applicable entre plusieurs qui sont en conflit sans s'être assuré tout d'abord que les étrangers intéressés dans le débat peuvent,

d'après la loi du juge saisi de l'affaire, jouir des droits qu'ils invoquent.

En conséquence, nous nous demanderons d'abord si l'inventeur étranger peut réclamer la protection de la loi française, nous rechercherons ensuite quelles sont les conditions qui lui sont imposées. Il est vrai que nous ne consulterons jamais que le droit interne français soit dans ses dispositions expresses, soit dans les principes dont il s'est inspiré.

Dans tout rapport juridique dans lequel des étrangers sont intéressés et qui met en conflit plusieurs législations, les mêmes points doivent être résolus. Le juge doit avant tout rechercher si sa propre loi reconnaît à l'étranger, le droit dont il se prévaut et ce n'est qu'une fois cette question préjudicielle tranchée qu'il recourt aux principes rationnels qui constituent le droit international pour déterminer la législation servant à l'organisation du droit invoqué.

A lui comme à nous, le problème se pose de la même façon, les questions à résoudre sont les mêmes, les sources enfin où les solutions doivent être cherchées sont souvent communes : ce sont les traités.

Le droit international existe par lui-même, comme pure règle de raison, mais il ne se manifeste guère, comme loi positive, que dans les conventions internationales qui viennent modifier ou compléter les lois internes des pays contractants et souvent les rendre moins rigoureuses à l'égard des étrangers. On comprend quel intérêt l'étude des traités présente pour le juge d'un conflit de législations, et à quel point leurs dispositions s'imposent à lui. Il doit les appliquer avant même sa loi nationale en tant que celle-ci règle la condition des étrangers en général, car le traité régulier lie les contractants : la convention est la loi des parties. En matière de brevets d'invention, grâce

au libéralisme des législations de presque tous les pays, les traités particuliers sont rares. On n'en peut guère citer qu'un entre l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie (1) ; mais il existe une grande convention internationale qui modifie les règles de notre loi positive dans les relations de la France et de plusieurs États. C'est la Convention du 20 mars 1883. Nous aurons à l'étudier d'une manière détaillée.

Nous essayerons tout d'abord de fixer la condition des étrangers dans notre législation interne, et nous examinerons l'influence que les relations internationales peuvent exercer sur ses dispositions.

Nous passerons ensuite à l'examen du droit conventionnel et particulièrement de la Convention internationale du 20 mars 1883, dont nous tenterons la critique ; nous terminerons en donnant nos conclusions.

---

(1) Auger, Thèse de doctorat, p. 11. — C'est un traité du 16 décembre 1878, renouvelé le 23 mai 1881, à la suite du vote de la loi allemande du 25 mai 1877 ; il décide qu'un inventeur breveté dans un des deux pays aura un délai de 3 mois pour se faire breveter dans l'autre, malgré la publicité légale qui aura accompagné la prise du premier brevet. *(Bullet. de la S. de L. C.* 1878, p. 98.

CHAPITRE PREMIER

DROIT COMMUN DES ÉTRANGERS AU POINT DE VUE DE L'OBTENTION ET DE LA PROTECTION DES BREVETS

PRÉAMBULE

§ 1. *Solution de la question au point de vue théorique.*

Nous avons déjà établi qu'en matière de brevet d'invention il ne peut se poser de question de droit international ou plutôt que cette question est immédiatement résolue : la reconnaissance et la sanction du droit de l'inventeur étant essentiellement un acte de souveraineté, la loi territoriale, c'est-à-dire celle du pays qui a délivré le brevet est la seule applicable. Mais nous avons à trancher la question préliminaire à tout problème de conflit de loi ; et bien que nous devions nous arrêter là pour appliquer immédiatement la loi française, il nous faut déterminer la condition des inventeurs étrangers en France.

En pure théorie, rien de plus équitable que de reconnaître à toute personne la faculté d'obtenir la protection de la loi pour sa découverte industrielle.

Considère-t-on le droit de l'inventeur sur son œuvre comme un véritable droit de propriété ? C'est alors une faculté essentielle à l'homme, qui a sa source dans son travail, qui complète nécessairement sa personnalité et qui, par suite, est respectable chez tous les individus sans distinction de nationalité.

Voit-on au contraire, dans le privilège temporaire que la

loi accorde à l'auteur d'une découverte industrielle, la récompense du service rendu par celui-ci à la société, en révélant un produit, un procédé nouveau et utile qui ne se serait fait jour que beaucoup plus tard peut-être? Le mérite est le même, qu'il s'agisse d'un étranger ou d'un national, la rémunération doit être égale. Ainsi donc, quelque système qu'on adopte sur la nature du droit de l'inventeur, il est juste de protéger ce droit chez tous, nationaux ou étrangers.

Est-ce à dire que la loi doive reconnaître le droit de l'inventeur étranger sans condition? Qu'elle se contente même de la prise d'un brevet dans un pays quelconque? Non assurément, car un législateur, en sanctionnant le droit de l'au teur d'une découverte industrielle, ne se laisse pas seulement guider par un sentiment de justice, mais aussi par des considérations en quelque sorte patriotiques. Entre lui et l'inventeur est passée une sorte de convention synallagmatique. « Votre droit, dit le législateur, sans moi demeurera inefficace. Je m'engage à vous garantir pendant quelques années la jouissance exclusive de votre œuvre, mais en retour livrez au pays, dont les intérêts me sont confiés, tout votre secret, faites lui connaîrre dans tous ses détails votre découverte, de façon que l'industrie nationale se prépare déjà à en user lorsque expirera le temps de votre privilège. »

Ainsi donc le législateur se préoccupe d'assurer à son pays pour plus tard la libre exploitation de l'invention qu'il protège temporairement. Il veut même que le monopole qu'il accorde profite au travail national. De là les descriptions sincères et complètes, les dépôts d'échantillons, les dessins qui accompagnent une demande de brevet et les publications qui la suivent. De là aussi les déchéances qui résultent du défaut d'exploitation durant un certain délai, et de l'introduction sur le territoire de produits fabriqués à

l'étranger et semblables à ceux pour lesquels le brevet a été obtenu en France.

Favoriser l'industrie, la main d'œuvre de son pays, tel est le but du législateur. Ce but ne serait pas atteint s'il se contentait d'un brevet étranger ; ce peut-être un titre sans valeur, et cependant inattaquable, dû à la faveur et à l'intrigue ; aucune publication de description ou de spécification n'a pu être faite. En tout cas, si une publication a eu lieu, c'est à l'étranger. Elle est restée inconnue dans le pays où la protection est demandée. Seul le brevet obtenu chez lui, dans son propre pays, permet au législateur d'atteindre le résultat qu'il poursuit. De là, nous devons conclure que la question de savoir si l'inventeur étranger peut être protégé en France se confond avec celle-ci : « peut-il y obtenir un brevet d'invention? ». et, qu'en cas d'affirmative, toutes les conditions de forme et de fond prescrites par nos lois lui sont applicables.

§ 2. *Historique de la condition des inventeurs étrangers.*

On connaît la distinction établie par les anciens jurisconsultes entre les droits civils et les droits des gens pour refuser les premiers et accorder les seconds aux étrangers. L'exercice du commerce et de l'industrie était considéré comme un droit des gens ; aussi, peut-on admettre que sous l'ancien régime, les aubains en principe n'étaient pas exclus des corporations ouvrières. Cependant, les fonctions de maîtres et de jurés étaient réservées aux nationaux. Certains statuts même interdisaient l'apprentissage à toute personne née dans une autre ville que celle où était établie la corporation. L'édit d'août 1776, rétablissant les maîtrises et les jurandes, abolies quelques mois auparavant, porte, dans son article 3, que l'étranger pourra doré-

navant être admis dans les corps de métiers et les communautés aux mêmes conditions que les Français.

Du reste, à une époque où les lois se montraient si dures pour l'étranger, le frappant de ce fameux droit d'aubaine, ensemble d'incapacités, rendant sa condition si inférieure à celle du regnicole, il arrivait fréquemment que l'autorité royale, afin d'attirer en France des industries qui y étaient inconnues, accordait à des ouvriers étrangers d'importants avantages. C'est ainsi qu'un édit de Henri IV (janvier 1607) établissant les manufactures de tapisseries de Flandres, déclare naturels et regnicoles toutes personnes qui y viendraient travailler sans qu'elles soient tenues de prendre lettre de naturalité et de payer finances. La même disposition se trouve dans divers arrêts du Conseil, dans celui, notamment, de juillet 1722 rendu en faveur des étrangers ayant été employés dix ans dans les manufactures des Gobelins et de Beauvais (1).

Quant au privilège d'exploitation que l'autorité royale accordait quelquefois à l'inventeur, il ne paraît pas qu'il fût refusé à l'étranger. C'était là en effet une concession gracieuse du roi, délivrée arbitrairement, et on peut citer quelques exemples de ce privilège attribué à des étrangers. C'est ainsi que des lettres patentes de 1561 réservent pour 10 ans à Theses Mutio, de Bologne, la fabrication des verres de Venise (2).

La déclaration de 1762, qui tenta une organisation du système des privilèges accordés aux inventeurs en restreignant leur durée à 15 ans au maximum et en essayant d'assurer leur bonne exploitation ne dit rien des étrangers, leur permettant ainsi implicitement d'obtenir privilège du roi.

---

(1) Isambert : *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. 15, p. 322.
(2) Renouard : *loc. cit.*, p. 66.

Il est dans l'esprit des lois de l'époque révolutionnaire d'assimiler complètement, dans la sphère des droits privés, l'étranger au national ; aussi, bien que les lois des 7 janvier et 25 mai 1791 soient muettes sur la condition des étrangers, personne ne leur contesta le droit d'obtenir, aux mêmes conditions que les Français, des brevets d'invention. Il eût été du reste irrationnel de la part du législateur de 1791, qui fondait sur un véritable droit de propriété, respectable chez toute personne, la protection due à l'inventeur, de la refuser à l'étranger.

Cette même tendance à l'assimilation complète de l'inventeur étranger au national se manifeste dans notre législation actuelle. Nous passerons successivement en revue, dans des sections différentes, les droits reconnus à l'étranger : 1° pour l'obtention des brevets d'invention ; 2° pour la cession de ces brevets ; 3° pour l'exercice des diverses actions qui peuvent en naître. En même temps, nous nous attacherons à étudier toute question se rapportant aux dispositions de notre loi sur les brevets qui présenterait un intérêt international.

SECTION I

DROIT POSITIF FRANÇAIS SUR LA CONDITION DES ÉTRANGERS AU POINT DE VUE DE L'OBTENTION DES BREVETS D'INVENTION

La loi du 5 juillet 1844 se montre aussi libérale que possible à l'égard des étrangers : dans les articles 27, 28, 29, elle les met sur le même pied que les Français pour l'obtention des brevets d'invention. La même disposition se retrouve dans la plupart des législations modernes : cependant dans quelques pays on exige, pour que l'inventeur puisse s'y faire breveter, qu'il y réside ou qu'il constitue un fondé de pouvoir y résidant. (Allemagne, loi du 25

mai 1877, art. 12. — Luxembourg, loi du 30 juillet 1880, art. 9. — Suède, 16 mai 1884. — Norwège, 16 juin 1885. (1) — Aux Etats-Unis, la même condition de résidence ou de constitution de mandataire est nécessaire pour le dépôt du caveat (2).

Les articles 27, 28, 29 (loi du 5 juillet 1844) disposent : 1° Que l'étranger comme le national peut obtenir un brevet d'invention ; — 2° que toutes les conditions de forme et de fond prescrites par la loi française s'imposent à tout inventeur sans distinction de nationalité ; — 3° que la personne brevetée à l'étranger peut, pour la même découverte prendre en France un second brevet, mais que la durée de ce dernier ne pourra excéder celle du brevet étranger.

Nous distinguerons trois hypothèses : nous considérerons d'abord le cas où un étranger, non encore breveté dans un autre pays, obtient en France un brevet. — Puis celui où le breveté à l'étranger se fait breveter en France pour la même invention. — Enfin, nous dirons quelques mots de la prise d'un brevet étranger après l'obtention d'un brevet français.

Ce n'est pas qu'entre les deux premières hypothèses il n'existe de nombreux points communs. Dans les deux cas, la prise du brevet en France est soumise aux mêmes conditions, aux mêmes causes de nullité, et, sauf une, aux mêmes causes de déchéance. Mais la deuxième hypothèse soulève quelques questions spéciales qui méritent une étude séparée.

---

(1) *Ann. de la Soc. de Leg. Comp.* 1877, p. 106 — 1880 p. 405 — 1885 p. 641.

(2) Lyon-Caen et Cahen : *De la Législation des brevets d'invention et des modifications à introduire à la loi du 6 juillet 1844* — p. 62.

§ 1. *Prise d'un brevet en France pour une invention non brevetée à l'étranger.*

(1) Dispositions Générales.

Tout inventeur national ou non peut prendre en France un brevet. Le projet primitif de la loi du 5 juillet 1844 n'accordait ce droit à l'étranger qu'autant qu'il résidait en France. Cette condition a disparu avec raison de la rédaction définitive. Le mot résidence faisait naître des difficultés : entendait-on par là que l'étranger devait être domicilié en France ? On ne voit pas l'utilité d'une telle prescription. Ce que le législateur recherche, c'est que le travail national profite de l'exploitation de la découverte : or elle peut être exploitée en France, même par un inventeur qui n'y serait pas domicilié. Voulait-on qu'il fondât un établissement industriel, cela était inutile à dire, puisqu'aux termes de l'art. 32 l'inventeur encourt déchéance pour une non-exploitation en France dans les deux ans de la date de son brevet.

L'étranger qui veut obtenir un brevet français doit se soumettre à toutes les prescriptions de la loi du 5 juillet 1844, quant à la nature de l'invention qui la rend brevetable ou non, quant aux obligations fiscales établies par cette loi.

La demande doit être déposée au secrétariat de la préfecture du domicile du requérant, ou de toute autre préfecture en y élisant domicile : elle doit être rédigée en français, sauf les termes techniques qui n'ont pas dans notre langue d'équivalents, et on ne doit y énoncer que les poids et mesures légaux français. A la demande doivent être annexés une description du produit ou du procédé nouveau, des dessins ou échantillons qui seraient néces-

saires pour l'intelligence de la description, il faut y joindre un bordereau des pièces déposées.

Un certificat de dépôt est délivré par le secrétaire de la préfecture. Il est d'une grande importance, car il sert à déterminer l'ordre de priorité entre plusieurs demandeurs de brevets pour la même invention, et de sa date court la durée de la protection.

Toutes les pièces déposées sont dans un délai de cinq jours expédiées aux ministère de l'agriculture et du commerce, où il est procédé à un examen portant sur les formes mêmes de la demande. On constate la concordance entre le titre de l'invention et sa description, et la régularité des spécifications : on recherche aussi si la demande ne porte pas sur des produits pharmaceutiques ou des plans de finances que la loi, dans un intérêt public, n'a pas rendus brevetables.

Mais là se borne la tâche du ministre ; il n'a pas à apprécier le mérite de l'invention, ni même à examiner si elle est véritablement nouvelle, si elle n'est pas contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, s'il ne s'agit pas de principes, découvertes et conceptions théoriques ou purement scientifiques dont on ne saurait assurer à personne l'usage exclusif. Pour toutes ces causes, c'est aux tribunaux, s'il y a lieu, à prononcer la nullité du brevet. Notre législateur adopte donc le principe du non-examen préalable et préfère le système répressif au système préventif. Il en était de même dans nos lois de 1791 : le système de non-examen y était consacré, et, en 1844, il ne trouva pas de contradicteur.

(a) *Question du non-examen préalable.*

Ce n'est pas cependant qu'on ne puisse lui faire des objections. Il semble qu'il présente un danger : 1° Pour l'inventeur qui, ayant fait des avances pour faire breveter

une invention peut être sans mérite ou depuis longtemps connue, ayant préparé à grand frais son exploitation, verra sa peine et son argent perdus par l'annulation postérieure de son brevet ; — 2° pour la société qui pourra se trouver en présence d'une multitude de brevets accordés à des inventions futiles ou de prétendues découvertes, brevets qui serviront à des charlatans à abuser de la crédulité de la foule toujours disposée à considérer la délivrance d'un brevet comme une consécration officielle.

Mais des considérations puissantes ont décidé notre législateur à adopter le système de non-examen préalable.

A quel tribunal, à quel jury confier en effet la mission délicate de décider si une invention est réellement utile? Dans notre législation, la tâche est impossible, étant donné que la loi déclare brevetable l'application nouvelle de moyens connus, c'est-à-dire une combinaison dont le mérite ne peut se révéler qu'après une longue pratique. Qui pourrait-on même charger d'apprécier d'avance la nouveauté de la découverte ? Savoir si elle était déjà connue et pratiquée est le plus souvent une affaire de temps : ce n'est que petit à petit, quand l'exploitation de l'invention est commencée et continuée, que l'on voit surgir les actions en nullité de brevet fondées sur une publicité antérieure.

A raison de la difficulté d'appréciation, quelles erreurs déplorables l'autorité chargée de la délivrance des brevets pourra commettre, si on lui impose l'obligation de procéder à un examen de fond ! N'arrivera-t-il pas souvent qu'un brevet sera refusé à une invention utile ? Quelle perte alors pour la société, si l'inventeur refuse de lui livrer ses procédés, préférant user secrètement de sa découverte, ce qui est possible, notre loi protégeant le secret de fabrication. Ne pourra-t-il jamais se faire au contraire que le brevet soit accordé à tort ? Si la concession est définitive,

si elle est inattaquable, quelle iniquité sera consacrée ! S'il est possible de la faire tomber postérieurement par une action en nullité, à quoi bon les lenteurs résultant d'un examen préalable puisque toute l'efficacité du titre délivré pourra être remise en question ? Il est à craindre enfin, que l'inventeur ne se décide qu'avec peine à faire connaître ses procédés au juge chargé de les apprécier, car la protection qu'il sollicite lui sera peut-être refusée, et ainsi le progrès industriel ne se trouvera-t-il pas entravé ? (1)

Sur la question de l'examen préalable, les législations étrangères peuvent être rangées en trois classes. Les premières ont adopté le système de l'examen portant tant sur le mérite que sur la nouveauté de la découverte. Elles sont peu nombreuses, on ne peut citer que celle des Etats-Unis (2).

Aux Etats-Unis, d'après la loi du 4 juillet 1836, toute demande de brevet doit être déposée au bureau des patentes, dont le chef, le commissaire des patentes, doit procéder à l'examen de la demande et des spécifications qui l'accompagnent, au point de vue de la forme et au point de vue du mérite de l'invention. Il est tenu aussi de rechercher si le même objet n'a pas été antérieurement inventé ou découvert par une autre personne, soit aux Etats-Unis, soit à l'étranger. Quand il croit devoir refuser le brevet, il est obligé d'avertir le requérant en lui communiquant tous les avis et renseignements nécessaires pour qu'il puisse rendre valable une nouvelle demande. Quand le requérant persiste dans sa prétention et ne veut faire subir aucune modification à sa demande primitive, il doit

---

(1) *Dictionnaire d'Economie politique*, p. 223.— Renouard, *loc. citato*, p. 365-368.— Lyon-Caen et Cahen. — Huard et Pelletier.

(2) Renouard. D'après MM. Lyon-Caen et Cahen *loc. cit.* page 16, l'examen préalable se bornerait aux Etats-Unis, à l'appréciation de la nouveauté de l'invention.

se soumettre à la décision de trois experts nommés par le secrétaire d'Etat.

Dans la même catégorie, on peut ranger les lois qui soumettent à un examen préalable la nouveauté seule de la découverte, comme le fait la loi norwégienne du 16 juin 1885 art. 16 ou russe, art. 86 et 87. (Extrait des codes russes. Brevets d'invention. *Bulletin officiel de la Prop. ind.*, 1887, p. 157. *An. Leg. Comp.*, 1886, p. 508.

2° Les législations de la seconde classe ont adopté un système préconisé depuis quelques années et soutenu au congrès de Vienne de 1873.

C'est un compromis entre l'examen préalable et le non-examen. Ce système se caractérise par ce fait que les concurrents du demandeur sont admis à faire opposition à la délivrance du brevet pendant un certain délai, cette opposition devant servir à éclairer l'autorité chargée de la concession des brevets sur l'antériorité de la découverte. Du reste on n'a pas à apprécier son mérite. C'est le système dit de la procédure provocatoire. Il faut noter qu'il est antérieur à 1873, car un système analogue avait été proposé en France en 1854 à l'occasion d'une nouvelle loi sur les brevets d'invention à laquelle il ne fut pas donné suite (1).

Comme type des législations de la seconde classe nous prendrons la loi allemande du 25 Mai 1871.

Un office des patentes, établi à Berlin, et composé d'un certain nombre de membres, les uns permanents, réunissant les conditions nécessaires pour exercer la magistrature ou les fonctions supérieures de l'administration, les autres non permanents et devant être versés dans une branche de science quelconque, est chargé de la délivrance, de la déclaration de nullité et du retrait des brevets. C'est

---

(1) *Revue de droit international*, 1869, p. 608. (Etude de M. Rolin-Jacquemyns).

à cet office que l'inventeur doit déposer sa demande qui est soumise à un examen préliminaire portant tant sur la forme que sur le fond et qui dores et déjà peut la faire repousser. Si elle est accueillie, elle doit être publiée dans le *Moniteur de l'Empire*. De cette publication part un délai de huit semaines pendant lesquelles sont admises les oppositions à la délivrance du brevet. De sa date également, le demandeur a droit à une protection provisoire.

Les oppositions doivent être faites par écrit et ne sont reçues que si elles sont fondées sur ce que l'invention n'est pas nouvelle et appartient à un tiers. C'est l'office des brevets qui entend les opposants et qui décide; il peut ordonner une enquête, une expertise : l'appel de sa décision est porté devant le tribunal suprême du Commerce siégeant à Leipzig.

S'il est jugé que le brevet doive être définitivement accordé, nouvelle publication est faite dans le *Moniteur de l'Empire*. La concession du reste peut tomber postérieurement à la suite d'une action en nullité ou en déchéance et la protection expire au bout de dix ans (1).

Ce système n'est pas aussi efficace qu'on l'a soutenu. De ce que l'office des brevets peut repousser une demande, tout d'abord, de sa propre autorité, avant la première publication, on se trouve en présence de tous les inconvénients du système de l'examen préalable. — En outre il est à craindre que cette procédure provocatoire reste sans effet. Il sera rare, en effet, étant données nos mœurs industrielles, qu'on prenne les devants en faisant opposition. Généralement, on préfèrera imiter le produit ou le procédé injustement breveté et on attendra une action en contrefaçon pour opposer au poursuivant une exception de priorité (2).

---

(1) *Annuaire de législation Comparée* 1877, p. 123. Lyon-Caen et Cahen, *loc. cit.* p. 19.

(2) Lyon-Caen et Cahen, *loc. cit.*, p. 20-21.

De plus, d'après la loi allemande, le brevet concédé peut être attaqué en nullité : ne peut-on prévoir que la décision de l'office des brevets repoussant une opposition, créera un préjugé qui décidera les juges de l'action en nullité dans le même sens que l'office lui-même. Ce qui est d'autant plus probable que, d'après la loi du 25 mai 1877, ce sont les mêmes personnes qui délivrent les brevets et statuent sur leur nullité.

Toutes ces formalités enfin ne créent-elles pas des lenteurs inutiles ?

Le troisième système, qui est celui adopté en France, nous paraît le préférable. Il se retrouve dans nombre de législations récentes. La loi espagnole du 30 juillet 1878. — La loi luxembourgeoise du 30 juin 1880. — La loi brésilienne du 14 octobre 1882 se sont prononcées en sa faveur.

(b) *Certificats d'addition.*

L'inventeur n'arrive pas toujours du premier coup à donner à son œuvre sa forme définitive. Il arrive souvent que de crainte de la concurrence, il se hâte de prendre un brevet pour une invention qui, une fois exploitée, témoigne de quelque imperfection facile à corriger. Différentes législations se sont préoccupées de cette situation. La loi américaine a établi le caveat. Tout inventeur qui a besoin de temps pour faire arriver à maturité sa découverte, dépose un caveat aux archives secrètes du bureau des patentes. Si, dans l'année, il est reçu une demande de brevet dont les spécifications paraissent en opposition d'une façon quelconque avec la demande du déposant du caveat, ce dernier, averti par le commissaire des patentes, doit dans les 3 mois, communiquer ses descriptions et spécifications qui prennent date du jour du dépôt du

caveat. Un comité d'experts est chargé de trancher la question de priorité (1).

La loi anglaise du 25 août 1883, a organisé les spécifications provisoires.

L'inventeur peut se réserver la priorité dans les perfectionnements à apporter à son œuvre, en déposant une demande et une description non accompagnée de dessins : c'est la spécification provisoire. Le déposant a droit à une protection provisoire dont la durée ne peut dépasser 9 mois (sous la législation antérieure à la loi du 25 août 1883, cette durée était de 6 mois). — S'il veut donner suite à sa demande de brevet, il est tenu de présenter une spécification définitive qui doit être acceptée avant la fin du 12[me] mois, depuis le jour du dépôt de la spécification provisoire. Cette spécification provisoire du reste ne permet pas de poursuivre les contrefacteurs (2).

En France, la loi garantit à l'inventeur pendant un an le droit exclusif de prendre pour toute amélioration apportée par lui à sa découverte, soit un brevet ordinaire, soit un certificat d'addition qui fait corps avec le brevet principal, s'éteint avec lui, profite à toute personne qui a le droit de l'exploiter, mais qui n'entraîne le paiement que d'une taxe de 20 francs.

(2) Nullité et Déchéances.

La loi du 5 juillet 1844 établit pour les brevets de nombreuses causes de nullité et de déchéance.

La nullité peut être prononcée : 1° Si la découverte n'est pas nouvelle ; 2° si le brevet porte sur des conceptions théoriques ou purement scientifiques ; 3° si l'invention est contraire aux bonnes mœurs ou aux lois françaises ;

---

(1) Renouard : *loc. cit.*, p. 145.

(2) *Annuaire de législation comparée*, 1884, p. 88.

4° si la description jointe au brevet n'est pas suffisante pour l'exécution de l'invention ; 5° si elle n'indique pas d'une manière complète et loyale les véritables moyens de l'inventeur ; 6° enfin, s'il s'agit de remèdes ou de compositions pharmaceutiques ou de plans de finances.

Quant aux déchéances elles sont encourues : 1° Pour défaut d'exploitation en France dans les 2 ans de la date du brevet, ou pour une interruption de 2 ans dans l'exploitation de l'invention à moins de causes jugées suffisantes ; 2° pour l'introduction en France par le breveté d'objets fabriqués à l'étranger et semblables à ceux pour lesquels il est protégé par la loi française ; 3° enfin, pour le non-paiement par le breveté de la taxe annuelle de 100 francs, fixée par la loi, due avant le commencement de chacune des années de la durée du brevet.

Toutes ces conditions préalables, toutes ces nullités ou causes de déchéance s'appliquent à l'étranger qui n'a, à ce point de vue, qu'à se préoccuper de la loi française.

Les causes de nullité ou de déchéance ne présentent aucune particularité pour l'étranger ; nous n'insisterons que sur celles qui demandent quelques explications.

(a) *Prohibition des brevets d'importation.*

N'est pas nouvelle, dit l'article 31, toute invention ou découverte qui, en France ou à l'étranger, a reçu une publicité suffisante pour pouvoir être exécutée. De ce qu'il est nécessaire qu'une invention n'ait pas été connue à l'étranger pour être susceptible d'être brevetée en France, il résulte que la loi du 5 juillet 1844 prohibe les brevets d'importation.

L'article 3 de la loi du 7 janvier 1791 était rédigée en ces termes : « Quiconque apportera le premier une découverte étrangère jouira des mêmes avantages que s'il en

était l'auteur, » et l'étendue de cette disposition était précisée par l'article 9 ainsi conçu : « L'exercice des patentes accordées pour une découverte importée d'un pays étranger ne pourra s'étendre au-delà du temps fixé dans ce pays à l'exercice du premier inventeur. » Par suite ce n'était qu'autant que la découverte était monopolisée à l'étranger que son importation pouvait faire l'objet d'un brevet français et la durée de ce dernier était subordonnée à celle du brevet étranger.

Les brevets d'importation s'expliquaient en 1791. A cette époque les relations de pays à pays étaient plus rares qu'aujourd'hui, les communications étaient entravées par des guerres fréquentes, une idée mettait du temps à passer les frontières. L'importateur d'une industrie nouvelle courait souvent des dangers, risquait des capitaux parfois importants. En considération et des périls qu'il avait affrontés, et des frais qu'il avait pu faire, et du service qu'il rendait au pays, il paraissait équitable de lui reconnaître le monopole de son importation.

De nos jours, la situation a changé, les voies de communication se sont multipliées, les chemins de fer, les télégraphes ont supprimé les distances, toutes les inventions nouvelles ne tardent pas à faire le tour des peuples civilisés.

Aussi, un législateur ne saurait, sans léser les intérêts économiques de son pays, accorder à un individu qui, à l'affût des découvertes étrangères, aura pu s'en emparer comme à la volée, l'exploitation exclusive d'une invention qui n'est pas son œuvre. La loi ne doit rien à l'importateur, car la société n'en reçoit rien. Le récompenser serait favoriser le prix de la course; bien plus, ce serait commettre une iniquité sans profit, en favorisant le plagiat industriel (1).

---

(1) Lyon-Caen et Cahen, *loc. cit.*, p. 63.

La loi belge, 24 mai 1854 (article 15) prohibe, comme la nôtre, les brevets d'importation pris par d'autres que les titulaires des brevets étrangers.

En Angleterre, le statut de Jacques I[er] de 1623 (art. 3), permettait à toute personne de faire breveter en Angleterre les inventions importées d'au-delà les mers ; mais la loi du 25 août 1883, qui n'a laissé subsister du statut de Jacques I[er] que le chapitre 83, a aboli complètement les brevets d'importation (1).

La loi allemande du 25 mai 1877 en déclarant que la publicité d'une découverte ne peut résulter que d'une exploitation publique ou d'une description imprimée en Allemagne autorise par cela même les brevets d'importation, même pour des produits ou des procédés tombés, à l'étranger, dans le domaine public. Cette situation est, en partie, corrigée, il est vrai, par la procédure provocatoire qui permet à toute personne qui prétend des droits à l'invention de faire opposition à la délivrance d'un brevet à un tiers. L'article 3 de la loi suédoise du 16 mai 1884 prohibe les brevets d'importation. De même, la loi norwégienne du 16 juin 1885. La loi luxembourgeoise du 30 juin 1880 n'en délivre que pour les découvertes faites en dehors de l'Union douanière allemande (2). La loi espagnole du 30 juillet 1878 (article 12), tout en reconnaissant le brevet d'importation, limite sa durée, quand il est pris par un autre que le breveté à l'étranger, à cinq ans au maximum (3). Dans la république de Guatémala (loi du 2 juin 1864), un brevet ne peut être accordé à l'importateur pour un délai supérieur à huit ans. Le Chili, le Pérou, la Nouvelle-Grenade, le Mexique, le Rio de la Plata, le Danemarck autorisent les brevets

---

(1) *Journal Clunet*, année 1885, p. 23.
(2) *Annuaire de Législation comparée*, 1880, p. 405.
(3) Id. id. 1878, p. 339.

d'importation (1). Il en est de même de la Russie, qui admet même leur possibilité, à titre d'exception, il est vrai, et par des considérations particulières d'utilité publique, pour des inventions librement exploitées à l'étranger. (Extrait des codes russes, Brevets d'invention, article 74). *Bulletin officiel de la propriété industrielle,* 1887, p. 142.

§ 2. *Prise d'un brevet en France par une personne brevetée dans un autre pays.*

Il est un cas cependant où la loi autorise les brevets d'importation, et encore ne s'agit-il pas de brevets d'importation proprement dits, car on n'y voit pas une usurpation de l'œuvre d'autrui, c'est le cas prévu par l'article 29. L'auteur d'une invention ou d'une découverte déjà brevetée à l'étranger pourra obtenir un brevet en France (2).

Remarquons tout de suite que ce n'est pas seulement l'inventeur breveté à l'étranger qui peut prendre un brevet français, mais aussi les continuateurs de sa personne, héritiers ou cessionnaires, ses ayant-cause en un mot (3).

Le premier projet de la loi du 5 juillet 1844 (article 29) ne réservait ce droit qu'à l'étranger breveté dans son pays et sous une condition de réciprocité législative, c'est-à-dire si la loi nationale de l'étranger accordait aux brevetés en France la même faculté. Cette double restriction a disparu

---

(1) Lyon-Caen et Cahen, p. 63, note 2. — Il faut y ajouter la loi mexicaine du 3 novembre 1865 qui décide que toute personne peut demander un brevet pour une découverte déjà patentée dans un autre pays, mais que la demande de l'inventeur est toujours préférée. — Rapprocher la loi brésilienne du 14 octobre 1882, art 2, et § 1.

(2) Le brevet pris conformément à l'article 29 est désigné au ministère du commerce sous le nom de *brevet étranger.*

(3) *Exposé des motifs,* Chambre des pairs, séance du 10 juin 1843, Huard et Pelletier, *loc. cit.*, p. 45.

avec raison du texte définitif de l'article 29. Il a paru juste au législateur d'accorder à l'étranger breveté ailleurs que dans son pays le droit d'obtenir un brevet en France et d'autoriser un Français à réclamer la protection de la loi française. Car il peut se faire qu'un Français, obligé à résider hors de sa patrie, ait imaginé à l'étranger une découverte utile, et se soit empressé de l'y faire breveter, pour se défendre contre des concurrents prompts à s'emparer de l'œuvre d'autrui.

Quant à la condition de réciprocité législative, elle était destinée à prévenir « les inconvénients et les désavantages qui résulteraient pour nos produits sur les marchés du dehors, de la concurrence de produits fabriqués librement à l'étranger, tandis que, en France, ils seraient grevés de toutes les conséquences du monopole (1). »

La réciprocité diplomatique eût été préférable : un gouvernement ne traite, qu'avec les États et sous les clauses qui lui paraissent convenables. En stipulant la réciprocité législative, on aliène au contraire sa liberté, on se met en quelque sorte sous la dépendance d'un législateur étranger, ce qui peut présenter de graves dangers.

Du reste, toute condition de réciprocité était inutile, presque toutes les nations se montrant libérales et reconnaissant au breveté à l'étranger le droit de se faire breveter chez elles. Aussi, est-ce avec raison que l'on a donné à l'article 29 la rédaction définitive que nous connaissons.

Lors de la discussion de la loi de 1844, cet article a été l'objet de vives attaques ; on a soutenu que, du moment que la loi supprimait les brevets d'importation, elle ne devait les admettre dans aucun cas, pas même au profit de l'inventeur déjà breveté à l'étranger. La concession d'un brevet, a-t-on dit, est accompagnée de la publication des spécifications, dessins, descriptions, qui, étant donnée la

(1) Bédarride : *Commentaire des lois sur les brevets d'invention*, p. 319-320.

rapidité des communications, sont presque aussitôt connus de pays à pays. Par suite, il est absurde de la part d'un législateur de permettre de prendre un brevet à une personne déjà brevetée à l'étranger, car l'invention ne va pas tarder à être connue, sans qu'on ait à payer sa divulgation par la concession d'un monopole.

Ces motifs, tout dans l'intérêt d'un pays, n'ont pu prévaloir; on a pensé qu'il était plus juste de ne pas assimiler l'inventeur à un tiers importateur et de reconnaître dans tous les cas le droit de l'auteur d'une découverte industrielle déjà brevetée à l'étranger, si d'ailleurs elle satisfait à toutes les conditions de la loi française.

Néanmoins, la Chambre des pairs, lors de la discussion du projet de loi, avait supprimé l'article 29. Ce fut la Chambre des députés qui le rétablit, sans aucune condition de réciprocité.

Presque toutes les législations étrangères permettent à l'inventeur breveté dans un pays de prendre un brevet d'importation et cela sans aucune condition. Cependant, la loi allemande du 25 mai 1877, la loi suédoise du 16 mai 1884 et la loi autrichienne du 15 août 1862 exigent que le breveté ait un mandataire dans le pays. Aux Etats-Unis, le solliciteur de brevet doit affirmer sous serment qu'il est le véritable inventeur (1).

Ainsi donc, tout individu, sans distinction de nationalité, déjà breveté soit dans un pays, soit dans plusieurs, peut se faire breveter en France. Mais le brevet pris en France est soumis à toutes les conditions de forme et de fond prescrites par la loi du 5 juillet 1844 pour les brevets ordinaires. Notamment, pour qu'il soit valable, il faut qu'au jour de la demande l'invention soit nouvelle, c'est-à-dire que, ni en France ni ailleurs, elle n'ait été

(1) Auger, thèse de doctorat, p. 22.

suffisamment connue pour pouvoir être exploitée. La divulgation des spécifications et descriptions faites lors de la délivrance du brevet étranger entraînera certainement la publicité de la découverte. Cela a été dit formellement lors des travaux préparatoires et les décisions de la jurisprudence rendues en ce sens sont nombreuses (1).

C'est ainsi qu'il a été jugé que la demande antérieurement faite, en Allemagne, d'un brevet constitue publicité suffisante pour amener la nullité d'un brevet postérieurement pris en France, alors qu'une annexe à la demande, contenant la description complète des appareils, a été publiée dans le *Moniteur de l'Empire* et est restée à la disposition du public pendant les huit semaines de la procédure provocatoire organisée par la loi allemande du 3 mai 1877 (2).

En sens contraire, il nous semblerait que la spécification provisoire, organisée par la loi anglaise du 25 août 1883, n'entraînerait pas publicité de l'invention et n'empêcherait pas la prise d'un brevet valable en France. En cas de spécification provisoire, la demande n'étant accompagnée ni de dessins ni de descriptions détaillées, ne ferait pas connaître la découverte suffisamment pour quelle puisse être exécutée (3).

Pour que la nouveauté soit détruite est-il nécessaire qu'à l'étranger le public ait eu réellement connaissance de l'invention ? Suffit-il qu'il ait été simplement à même de la connaître ?

Nous nous prononçons dans ce dernier sens, car autre-

---

(1) Rapport fait par M. le marquis de Barthélemy à la Chambre (Séance du 20 mars 1843. Huard et Pelletier, *loc. cit.*, page 96).

(2) Cour d'appel de Paris, ch. cor. 8 juin 1882, conf. C. de Cass. Chambre criminelle, 9 mars 1883, *J. Clunet*, 1833, p. 383. Trib. correc, Seine, 21 février 1882. *J. Clunet*, 1886, p, 69.

(3) *J. Clunet*, 1885, p. 25.

ment on pourrait toujours contester qu'il y ait eu publicité effective et il serait souvent bien difficile, sinon impossible, pour les tribunaux, d'établir que quelqu'un a véritablement connu l'invention. C'est ce que décide la jurisprudence. (Lille, 26 janvier 1859, confirmé par la Cour d'appel et la Cour de cassation. Décisions rapportées par Auger, *loc. cit.*, p. 29-30).

Cependant nous estimons que quand bien même à l'étranger les descriptions auraient été en droit à la disposition du public, si personne, en fait, par suite de circonstances particulières n'avait pu en prendre connaissance, l'invention resterait nouvelle. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'un brevet pris en France pour une découverte déjà brevetée en Angleterre était valable, parce qu'il n'avait pu y avoir communication effective des descriptions annexées à la demande du brevet anglais, cette demande ayant été déposée le 22, le 23 étant un dimanche, le 24 le jour anniversaire de la fête de la Reine et la date du dépôt requis pour l'obtention du brevet français (1).

La rigueur de la loi française dans l'appréciation de la nouveauté d'une invention est de nature à rendre illusoire la disposition de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1844. Plusieurs législations étrangères ont été mieux inspirées, en décidant que la publicité entourant la demande d'un brevet étranger n'empêcherait pas la prise d'un second brevet par le titulaire du premier. Il en est ainsi notamment dans la loi belge du 24 mai 1854, art. 26, § C. La loi italienne du 30 janvier 1864, 16 septembre 1869, 13 novembre 1870, article 5. Loi suédoise du 16 mai 1884, article 3.

---

(1) Jugement Trib. Seine, 30 mai 1873, confirmé par un arrêt du 28 février 1879, *J. Clunet*, 1880, p. 472.

(A)

Pour que le brevet français ne puisse être annulé, il est donc nécessaire que jusqu'au jour de la demande l'invention soit demeurée secrète. Mais ici une question se présente.

Un brevet a été demandé à l'étranger et obtenu sans qu'il y ait eu aucune divulgation de la découverte ; un tiers ignorant qu'elle est déjà brevetée à l'étranger demande pour cette même découverte un brevet en France. Pourra-t-il obtenir un brevet valable ?

On l'a soutenu. On a dit que la loi française entend protéger l'invention et non l'inventeur, qu'à la différence de plusieurs législations étrangères, celle des Etats-Unis et de l'Angleterre, par exemple, elle ne recherche pas si la personne qui réclame sa protection est bien le véritable auteur de la découverte industrielle. Ce qu'elle exige c'est la nouveauté, et cette nouveauté ne saurait être détruite par ce fait que l'invention aurait été l'objet d'un brevet à l'étranger, si d'ailleurs elle n'y a pas été publiée. Par suite, tant qu'une invention reste secrète, quand bien même un tiers l'aurait fait breveter à l'étranger, on peut la faire valablement breveter en France.

Nous n'admettons pas cette opinion. Elle est contraire à l'esprit de la loi du 5 juillet 1844 qui entend, par l'article 29, supprimer en général les brevets d'importation pour ne les permettre qu'en faveur des personnes déjà brevetées à l'étranger. Cette faveur n'aurait aucune signification, si dans le cas où l'invention, quoique brevetée hors de France, y est demeurée secrète (seul cas où le breveté à l'étranger puisse obtenir en France un brevet valable), un tiers pouvait exiger pour elle la protection de la loi française.

On mettrait ainsi sur le même pied l'inventeur et le simple importateur, on rétablirait tout simplement d'une façon

détournée les brevets d'importation, car d'après les lois de 1791, ils existaient par cela seul qu'on faisait breveter en France une invention déjà brevetée dans un autre pays, sans qu'on eût à distinguer si à l'étranger l'invention était publiée ou non, si l'importateur connaissait ou non l'existance du brevet étranger.

Nous déciderons donc que quand bien même une invention brevetée à l'étranger serait demeurée secrète, un tiers, même de bonne foi, ne pourrait pour cette même invention se faire breveter en France (1).

(B)

Supposons qu'une demande se soit produite en France pour une découverte déjà brevetée à l'étranger, le breveté à l'étranger pourra-t-il postérieurement obtenir en France un brevet valable ?

Deux hypothèses peuvent être envisagées. La première demande faite en France a été accueillie et le brevet délivré ; il n'y aura plus pour l'invention de brevet possible en France. Celui qui y aura été obtenu à la suite de la première demande sera nul, en tant que brevet d'importation, comme nous l'avons établi plus haut ; celui que le breveté à l'étranger aura sollicité en France sera nul aussi, car il aura été précédé de toutes les publications et communications qui auront accompagné la délivrance du premier brevet français, ce qui entraînera dorénavant la publicité de la découverte.

Si nous supposons que la première demande en France n'ait pas été accueillie, que l'on en soit à l'examen de forme fait par le ministre de l'agriculture et du commerce,

---

(1) En ce sens, Pouillet, *loc. cit.*, n° 405. Huard : *Propriété industrielle*, n° 129.— *Contrà*, Rendu, *Code de la propr. indust. brev.*, § 207 et 209.

si la demande du breveté à l'étranger est alors présentée le brevet français obtenu par lui, sera-t-il valable?

Si l'on admet que la nouveauté d'une invention est détruite parce qu'une autre personne que le solliciteur du brevet l'aurait déjà pratiquée ou simplement connue au jour de la demande; si, s'appuyant sur la généralité des termes de l'article 31, on soutient que, du moment qu'il n'indique pas par quel nombre de personnes l'invention doit être connue, la connaissance d'une seule suffit pour en entraîner la publicité, il faut considérer comme nul le brevet pris en France, dans les circonstances indiquées, par le breveté à l'étranger. Car, de ce qu'il s'est produit une demande antérieure, il s'en suit bien qu'une autre personne au moins connaissait déjà l'invention et pouvait l'exécuter.

Il est préférable, croyons-nous, d'interpréter l'article 31 d'une autre façon. Ce que la loi exige, d'après nous, pour que l'invention cesse d'être nouvelle, c'est que ce soit le public qui ait pu en avoir communication. Alors, la société ne doit pas sa protection à celui qui la sollicite, car elle n'en obtient aucune révélation.

Mais si un inventeur garde le secret de sa découverte et qu'un tiers la fasse breveter, c'est-à-dire la révèle dans tous ses détails, la société reçoit un service pour lequel elle ne saurait refuser une rémunération. Il a été, du reste, décidé par la jurisprudence qu'une demande de brevet retirée ne constitue pas une antériorité et n'empêche pas qu'un brevet valable soit pris postérieurement pour la même invention (1).

Il est vrai que dans notre espèce deux personnes se sont présentées pour faire connaître la découverte, mais nous croyons que le breveté à l'étranger pourra valablement se faire breveter en France, bien qu'une autre demande l'ait

(1) Paris, 29 juillet 1848, Sirey, 48, 2, 468.

précédé. Cette dernière d'une part, en effet, ne peut aboutir qu'à un brevet d'importation pris par un tiers et nul sous la législation actuelle, et, d'autre part, comme elle n'avait pas été encore accueillie, ni, par suite, accompagnée d'aucune publicité au jour de la demande du breveté à l'étranger, elle a laissé intacte la nouveauté de la découverte.

Nous croyons aussi que la première demande faite en France n'assurera pas, par elle seule, à son auteur la possession antérieure de l'invention, c'est-à-dire le droit admis par la législation de 1791, et reconnu souvent, sous l'empire de la loi actuelle, soit par les auteurs, soit par la jurisprudence à la personne qui a possédé et pratiqué secrètement une invention avant qu'elle ne fût brevetée au profit d'un autre, de l'exploiter librement sans craindre aucune action en contrefaçon (1).

Outre que cet effet de la possession antérieure est contestable, cette possession même ne saurait exister par celà seul qu'une demande de brevet a précédé en France celle qu'y aurait été déposée par un inventeur déjà breveté dans un autre pays. Ce dernier, en effet, avait auparavant obtenu son brevet étranger, c'est-à-dire manifesté sa connaissance complète de l'invention.

De plus, de ce qu'on demande un brevet, il ne s'ensuit pas qu'on ait déjà secrètement exploité la découverte, et il semble qu'on exige pour admettre le droit du possesseur antérieur, non seulement la connaissance, mais aussi l'exploitation antérieure et secrète de l'invention (2).

---

(1) Pouillet : *loc. cit.*, n° 428. Rendu et Delorme, *loc. cit.*, n° 439. Renouard, n° 44. *Contrà*, Duvergier, *Collection des lois*, t. 44, p. 618. Picard et Olin, *Traité des brevets d'invention*, n'admettent pas le droit du possesseur antérieur. Jurisprudence. Cour de cassat., 30 mars 1849. Huard et Pelletier, p. 252, n° 22. Cour de Paris, 26 déc. 1878. Huard et Pelletier, p. 682, n° 113. *Contrà*, cours de Paris, 21 mai 1847. Cour de cassat., 19 août 1853. Huard et Pelletier, p. 253, n° 23. Voir la loi allemande du 25 mai 1877, art. 5. *An. legist. comp.*, 1877, p. 106.

(2) Huard et Pelletier, p. 682, n° 113.



Ajoutons qu'il résulte de l'arrêt précité de la cour de Paris du 26 décembre 1878 (Huard et Pelletier, p. 682, n° 113), que la possession antérieure empêcherait l'action en contrefaçon intentée contre celui qui aurait secrètement pratiqué l'invention, mais seulement à raison des produits antérieurs à la prise du brevet ; quant à ceux fabriqués postérieurement, le breveté conserverait la plénitude de ses droits et le possesseur antérieur serait considéré comme un contrefacteur.

Le statut canadien du 14 juin 1872, art. 7, porte que, si dans le cours des 12 mois accordés au breveté à l'étranger pour prendre au Canada un brevet d'importation, quelque personne a commencé à fabriquer au Canada l'article pour lequel un brevet sera ensuite obtenu, cette personne continuera à avoir le droit de fabriquer et de vendre cet article nonobstant le brevet. Remarquons que ce texte législatif ne se contente pas de la simple connaissance, mais exige l'exploitation pour que la possession antérieure soit établie (*An. Lég. Comp.* 1872, p. 54).

D'après l'article 8 de la loi norwégienne du 16 juin 1885, le brevet est sans effet à l'encontre de celui qui avant le dépôt de la demande avait déjà employé l'invention en Norwège, ou pris toutes les dispositions nécessaires à cet effet (*Annuaire de Législation comparée* 1886, p. 508). Même disposition dans la loi suédoise du 16 mai 1884, art. 16.

Solidarité des brevets français et étranger délivrés pour une même invention.

Le brevet obtenu en France pour une invention déjà brevetée à l'étranger est soumis à une cause particulière de déchéance : aux termes de l'art. 29, 2e alinéa, sa durée ne pourra excéder celle des brevets antérieurement pris à l'étranger. On n'a pas voulu laisser, en France, sous le

régime du monopole une invention tombée ailleurs dans le domaine public. L'industrie nationale aurait trop eu à souffrir de cette situation.

Tel est le motif de cette disposition comme il a été donné lors des travaux préparatoires de la loi du 5 juillet 1844 (1), et reproduit par la plupart des auteurs. Cependant, il ne nous paraît pas décisif.

Si on ne voulait protéger en France une invention qu'autant que nulle part elle ne pourrait être librement contrefaite, il ne faudrait accorder un brevet à un inventeur que s'il se faisait protéger chez toutes les nations du globe, ce qui est pratiquement et théoriquement impossible : de nombreux pays ne possédant pas encore de législation sur les brevets (2).

Aussi est-ce avec raison que la loi allemande de 1877 établit pour tous les brevets une durée uniforme, qu'ils soient ou non d'importation (3). La loi espagnole du 30 Juillet 1878 n'admet pas la solidarité des deux brevets espagnol et étranger ; mais le brevet pris en Espagne par une personne brevetée à l'étranger expire au bout de dix ans. Les brevets ordinaires sont concédés pour vingt ans (4).

La loi anglaise du 25 août 1883, en supprimant les dispositions légales antérieures consacre l'indépendance du brevet anglais à l'égard de celui précédemment obtenu dans un autre pays (5).

La loi suédoise du 16 mai 1884, art. 24, porte que le

---

(1) Philippe Dupin. — Séance du 7 avril 1844. — Huard et Pelletier, p 210.

(2) En Europe, on peut citer la Hollande. La Suisse, nous le savons, ne tardera pas à protéger les inventions brevetées ; quant à la Turquie, elle a, depuis le 1er mars 1830, une loi sur les brevets (M. Bozérian, la Convention internationale du 20 mars 1883, p. 31).

(3) *Annuaire de Législat. comp.*, année 1879, p. 106.

(4) *Annuaire de lég. comp.* année 1878, p. 339.

(5) *An. de lég. comp.*, année 1884, p. 89.

brevet d'importation concédé dans les six mois de la délivrance d'un brevet étranger sera traité comme s'il avait été délivré le même jour que ce dernier, à la condition que les brevetés suédois jouissent de la même faveur dans le pays où le brevet étranger aura été obtenu. La même déposition est contenue dans l'article 33 de la loi norwégienne du 16 juin 1885, si la demande est faite dans les sept mois de l'obtention du brevet étranger.

Il résulte donc de l'article 29, loi du 5 juillet 1844, que le brevet français est, quant à sa durée solidaire du brevet étranger antérieurement obtenu, et on doit conclure du motif allégué en faveur de cette disposition lors de la confection de la loi que, si plusieurs brevets étrangers ont été délivrés, la durée du brevet français sera calculée sur celle du brevet étranger qui sera le premier à s'éteindre. (Les lois italienne, art. 12, et belge, art. 14, déterminent la durée du brevet d'importation sur celle du brevet étranger délivré pour le terme le plus long).

a. *Nature de cette solidarité.*

Mais que faut-il entendre par durée du brevet étranger? Dans un premier système, ce mot comprendrait toutes causes de nullité, déchéance, arrivée du terme de la concession qui amèneraient l'extinction du brevet étranger, de telle sorte que, du même coup, le brevet français s'éteindrait également ; cette opinion repose sur le motif qui a fait introduire dans la loi du 5 juillet 1844, l'art. 29, 2e alinéa. Le but du législateur étant d'empêcher qu'une invention soit monopolisée en France et libre à l'étranger, il est nécessaire que, toutes les fois que la protection cesse dans un pays, elle cesse aussi en France. C'est le système suivi par la Cour de cassation (1).

(1) En ce sens, Nouguier, *loc. cit.*, n° 380. Dalloz, brev. d'invent., n° 241. Bédarride, n° 348. Cassat., 14 janvier 1864. Sirey 64, 1,200. Aux Etats-Unis, un

Une autre opinion soutient que le mot durée ne comprend que le temps pour lequel le brevet étranger aurait été accordé. Sans doute, dit-on, si on adopte le motif invoqué par la Cour de cassation, il faut reconnaître sur le brevet français l'influence de toute nullité ou déchéance qui peut frapper le brevet étranger. Mais ce motif est irrationnel, par suite, il faut le laisser de côté. On ne doit envisager que le texte de la loi ; or, le mot durée contenu dans l'art. 29, alinéa 2, a un sens bien précis : l'art. 29 ne peut signifier qu'une chose : le temps normal du brevet français doit être calculé sur la durée normale du brevet étranger, quels que soient les événements qui puissent atteindre ce dernier avant l'expiration du temps pour lequel il a été concédé. Ce qui confirme cette idée, c'est que l'art 29 ne traite que de la prise des brevets et que ce n'est que dans le titre suivant qu'il est parlé des nullités et déchéances. D'ailleurs, l'art. 13 du décret du 31 mars 1791 contenait la même disposition que l'art. 29 ; or, jamais le mot durée n'y avait été interprété autrement que comme désignant le temps pour lequel le brevet étranger avait été concédé (1).

C'est le système que nous serions tenté d'adopter, surtout en considération des avantages qu'il entraîne. En effet, si après leur obtention, l'un des deux brevets vient à être cédé, le titulaire du brevet français ne sera pas, en quelque sorte, à la merci du titulaire du brevet étranger qui n'aurait qu'à encourir volontairement, pour défaut de

---

texte formel (loi du 2 juin 1874 et 1880, statut 4887) consacre le même système que celui adopté par la jurisprudence française. Le patent office exige même (règle. 91) que la personne déjà brevetée à l'étranger qui sollicite un brevet américain fournisse tous les renseignements nécessaires sur les brevets étrangers antérieurement obtenus, afin qu'on détermine facilement la durée du brevet américain. (*Journal des Procès en contrefaçon*, 31 janv. 86, p. 32).

(1) Bozérian : *Journal Clunet*, 1877, p. 217. Pouillet, p. 294, n° 343.

paiement de taxe par exemple, la déchéance de son propre brevet pour amener celle du brevet français.

En second lieu, on évite aux tribunaux français la tâche périlleuse d'apprécier un brevet étranger. Tandis qu'il est aisé de savoir si le terme légal d'un brevet étranger est arrivé, il est souvent extrêmement difficile de déterminer si ce brevet est nul ou frappé de déchéance, car il faut souvent pour cela interpréter une loi étrangère. Ce n'est que quand un texte les y oblige ou qu'ils y sont conduits par les principes du droit international, que les juges doivent se livrer à ce travail d'interprétation, si plein de difficulté. Nous ne croyons pas que l'art. 29, loi du 5 juillet 1844, le leur impose (1).

Il est un troisième système qui fait une distinction entre les déchéances et les nullités qui peuvent frapper le brevet étranger.

La déchéance n'a d'effet que pour l'avenir, le brevet n'en a pas moins été valable jusqu'au moment où elle a été prononcée. La nullité au contraire rétroagit au jour de la concession du brevet ; elle le rend nul et non avenu, de telle sorte qu'il est considéré comme n'ayant jamais été accordé. Il s'en suit qu'on doit assimiler les déchéances à l'arrivée du terme pour lequel la protection avait été donnée, car elles produisent la même conséquence : perte du brevet pour l'avenir seulement. Dans l'hypothèse prévue par l'article 29, il faudra donc décider que les déchéances qui amèneront la perte du brevet étranger, de même que l'expiration de sa durée normale entraîneront l'extinction du brevet français. Mais au contraire, ce dernier restera pleinement valable, si le brevet étranger a été déclaré nul, car alors il est considéré comme n'ayant

---

(1) Pouillet, p. 294. — Bozérian, *Journal Clunet*, année 1879, p. 217. — *Journal Clunet*, 1885, p. 365.

jamais existé. On devrait de même envisager le brevet français, non plus comme un brevet d'importation, mais comme un brevet ordinaire soumis aux seules causes de nullité et déchéances des articles 30, 31, 32. Mais les auteurs qui admettent le système que nous venons d'exposer, décident cependant que la durée du brevet français ne pourra excéder celle fixée dans la concession du brevet étranger aujourd'hui annulé. Ils se préoccupent de la situation des tiers qui, devant légitimement compter que la durée du brevet français serait tout au moins calculée sur le terme normal du brevet étranger, se trouveraient trompés dans leur prévision et pourraient en éprouver un préjudice (1).

Quelque extension que l'on donne à la solidarité du brevet français et des brevets étrangers, il faut l'admettre, quand bien même les brevets auraient été pris par des personnes différentes (2) ; ce qui n'est possible qu'autant que celui qui se fait breveter en France est l'ayant cause ou le mandataire du breveté à l'étranger. Dans le cas contraire, le brevet français serait un brevet d'importation pur et simple et par suite nul.

(b). *Cas d'application de l'article 29, loi du 5 juillet 1844.*

On voit combien est fragile l'existence du brevet pris en France par une personne brevetée à l'étranger, surtout étant donné le système suivi par la jurisprudence.

Aussi comprend-on l'intérêt qu'il y a à déterminer les cas d'applications de l'article 29.

D'après ce texte, il faut qu'un brevet soit déjà obtenu hors

---

(1) Lyon-Caen et Renault : *Précis de droit commercial*, t. II, p. 1024.

(2) Cour de cassation. Ch. criminelle, 17 mai 1872 (*Journal Clunet*, 1874, p. 121).

de France (argument des mots déjà brevetés à l'étranger).

Point de difficulté si la demande de brevet se produit simultanément en France et à l'étranger ; on se trouve alors en dehors des termes de l'article 29 : c'est un brevet isolé et indépendant qui est pris en France, qui, par suite, n'est soumis qu'à ses propres causes de nullité ou de déchéance. Mais *quid,* si une demande est formée à l'étranger et que postérieurement une autre demande soit présentée en France avant que la première soit accueillie et le brevet étranger délivré ? Soutiendra-t-on encore qu'on se trouve en dehors de l'article 29, parce qu'il ne parle que de la personne déjà brevetée à l'étranger et que cette dernière ne l'y est pas encore puisqu'elle s'y trouve encore en instance? Nous ne le croyons pas. La délivrance du brevet rétroagit au jour de la demande. C'est à partir de la demande en effet que court le droit à la protection et le temps pour lequel on peut l'invoquer, de telle façon que, dès que le brevet est accordé, il est présumé l'être du moment où on l'a sollicité.

Il existe cependant des législations qui n'admettent pas cet effet rétroactif. Si on demande un brevet dans un pays soumis à une de ces législations et qu'on en ait sollicité un autre en France, ce dernier, obtenu avant la délivrance du premier, ne sera pas un brevet d'importation. Pareil résultat peut se produire si l'on a demandé un brevet en Autriche. La loi autrichienne du 15 août 1852, article 26, dispose que les droits au privilège exclusif ne courent qu'à partir de la date du brevet. Aussi un arrêt de la Cour de Paris, du 13 mai 1863, a déclaré avec raison que le brevet français obtenu après qu'une demande a été déposée en Autriche, est indépendant du brevet autrichien et ne saurait être atteint par la déchéance, la nullité ou l'extinction de ce dernier (1).

(1) Paris, 13 mai 1863. Pataille, *loc. cit.* (63, 257).

Remarquons qu'il sera facile de prendre en France un brevet d'importation pour une invention brevetée en Autriche. Aux termes, en effet, de l'article 31 de la loi autrichienne du 15 août 1852, le breveté peut exiger pendant un certain temps le secret de ses spécifications et descriptions, de telle sorte que, même le brevet autrichien délivré, l'invention peut rester nouvelle dans le sens de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1844, et par suite valablement brevetable en France.

Quel sera le sort du brevet pris en France pour une découverte ayant fait l'objet en Angleterre d'une spécification provisoire, telle qu'elle est organisée par la loi anglaise du 25 août 1883, qui, sur ce point, a reproduit le principe admis dans la législation antérieure ? Faudra-t-il considérer ce brevet français comme étant d'importation, et décider que sa perte sera amenée par la déchéance de la spécification provisoire ?

La question fait difficulté. L'article 29, 2e alinéa, suppose que le brevet est demandé alors que l'invention est déjà brevetée à l'étranger. Il semble, à première vue, qu'une découverte comprise dans une spécification provisoire peut être envisagée comme brevetée. En effet, d'une part, la durée de la protection provisoire (9 mois, d'après la loi du 25 août 1883) doit être déduite du temps pour lequel le brevet anglais sera postérieurement délivré et, d'autre part, l'invention peut être publiée ou exploitée pendant la durée de la protection, sans que cela nuise a la validité de la future patente. Mais si l'on considère que, tant que le brevet n'est pas délivré, le déposant ne peut agir en contrefaçon ; que ce n'est qu'après le dépôt de la spécification définitive, fait dans les délais légaux (12 mois à partir de la spécification provisoire), que le brevet est scellé, et que l'apposition du sceau est aussi nécessaire en Angleterre, pour qu'une invention soit brevetée, que l'est,

en France, l'arrêté ministériel prescrit par l'article 11 (Loi du 5 juillet 1844), si l'on ajoute que, bien qu'on puisse assimiler le brevet demandé au brevet concédé à cause du caractère rétroactif de la concession, il faut voir dans le dépôt d'une spécification provisoire, un acte préliminaire, ne se confondant nullement avec la patente, puisque celle-ci ne peut être obtenue qu'à la suite d'une nouvelle demande, accompagnée de descriptions complètes et se produisant dans le délai fixé par la loi ; on décidera que le brevet obtenu en France après le dépôt d'une spécification provisoire n'est pas d'importation et échappe à la déchéance prévue par l'article 29, 2e alinéa.

C'est dans ce sens que s'était prononcé un jugement du Tribunal de la Seine du 11 avril 1877 (1). Mais il a été infirmé par un arrêt de la cour de Paris du 30 mai 1879 (2) confirmé par un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1881 (3).

Le Français breveté à l'étranger peut, sans aucun doute, prendre pour la même découverte un brevet en France. Mais ce dernier brevet sera-t-il d'importation, ou au contraire échappera-t-il à la déchéance établie par l'article 29, 2e alinéa, et restera-t-il complètement indépendant du brevet étranger ?

On a argumenté de la place occupée par l'article 29, inséré sous la rubrique « du droit des étrangers » et de certaines paroles prononcées par le rapporteur de la loi de 1844, au cours des travaux préparatoires, pour soutenir que l'article 29, 2e alinéa n'était relatif qu'aux seuls inventeurs étrangers. Mais la Cour de Cassation (Cham-

---

(1) *J. Clunet*, 1879, p. 480.
(2) Sirey, 1880, 2, 33.
(3) Sirey, 1881, p. 409.

bre criminelle, 14 janvier 1864 (1) a fait justice de cette théorie et décidé que l'article 29 s'applique indifféremment à toute personne brevetée à l'étranger avant de l'être en France, quelle que soit sa nationalité. Les termes de l'article 29 qui parle, non des brevetés étrangers, mais des brevetés à l'étranger et le motif qui a fait introduire dans la loi la disposition contenue dans cet article, c'est-à-dire le désir de ne pas laisser sous l'empire d'un monopole en France une invention tombée ailleurs dans le domaine public, sont décisifs en ce sens.

Quant aux travaux préparatoires et aux paroles qui ont accompagné la discussion de la loi de 1844, il ne faut pas leur accorder trop d'importance. Qu'a-t-on dit d'ailleurs ? Un membre du Parlement réclamait une adjonction à l'article 29 qu'il voulait rédiger de la façon suivante : « L'auteur français ou étranger d'une invention ou découverte déjà brevetée à l'étranger pourra obtenir un brevet en France. » On lui répondit que c'était inutile et le rapporteur ajouta : « Le principe général posé au commencement de la loi veut que tout Français soit protégé pour toutes inventions ou découvertes nouvelles dont il est l'auteur, en quoi qu'elles consistent. Le Français est sous la tutelle de ce principe général, qu'il soit breveté ou non en pays étranger. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait une prohibition qui n'existe pas. Il est donc inutile de le comprendre dans l'article 29. Cet article a été fait pour l'étranger seulement : il est donc bien placé sous le titre qui traite du droit des étrangers. » Que conclure, sinon que dans la pensée du rapporteur la question portait sur la faculté à reconnaître au Français de prendre un brevet en France après l'obtention d'un brevet étranger et que, pour lui, le droit du Français étant tellement évident

(1) Sirey, 1864, 1, 200.

d'après les principes mêmes de la loi de 1844, il n'y avait d'utilité qu'à l'égard des étrangers de fixer leur droit en matière de brevets d'importation (1).

Outre la déchéance prévue par l'article 29, alinéa 2, le brevet d'importation est soumis aux mêmes causes de nullité et de déchéance que les brevets ordinaires. Nous croyons devoir ici étudier les paragraphes 2 et 3 de l'article 32.

(3) De l'obligation d'exploiter en France et de l'interdiction d'introduire des objets fabriqués à l'étranger.

Nous savons que, afin de favoriser le travail national, le législateur de 1844 a décidé que le breveté qui passerait deux ans, à partir de la concession du brevet, sans exploiter sa découverte ou interromprait pendant deux ans son exploitation, serait présumé avoir renoncé à la protection que la loi lui garantissait et perdrait son privilège.

Quand une même personne se trouve brevetée dans plusieurs pays à la fois, elle n'a à craindre, dans aucun de ces pays, que l'exploitation de son invention fasse connaître ses procédés et facilite une contrefaçon contre laquelle elle est armée. Elle recherchera donc l'endroit où la main-d'œuvre est à meilleur compte pour y établir ses usines ou ateliers, ce qui, étant donnée notre situation économique, se rencontrera malheureusement plus souvent à l'étranger qu'en France. Il arrivera que l'inventeur breveté en France et à l'étranger sera disposé à n'exploiter son invention que hors de France, ou, en ne l'exploitant que d'une façon intermittente sur le territoire français, à compléter, par des expéditions venant de ses ateliers

(1) Auger : De la protection internat. des inventions brevetées (*Thèse de Paris*, p. 44).



étrangers, le stock demandé par la consommation française. C'est ce double danger pour l'industrie nationale que les paragraphes 2 et 3 de l'article 32 ont pour but de prévenir.

L'inventeur doit donc mettre en œuvre son invention dans les deux ans de la concession de son brevet et ne pas interrompre plus de 2 ans son exploitation. La loi lui accorde ce délai pour qu'il puisse se procurer les capitaux dont il peut avoir besoin, créer ou renouveler son outillage, faire connaître ses produits ou vaincre la routine. Si le breveté n'exploite que quelques-uns des procédes décrits au brevet, il conservera son privilège pour tous les autres, pourvu qu'ils aient un lien entre eux et concourent au même but. S'ils sont différents ou indépendants les uns des autres, ce ne seront que ceux qui n'auront pas été exploités qui cesseront d'être monopolisés (1). Le breveté, du reste, n'est pas obligé d'exploiter lui-même, il peut le faire par l'intermédiaire d'un fondé de pouvoirs, d'un concessionnaire, d'un licencié, d'un représentant quelconque (2) ; mais on ne peut regarder la contrefaçon de l'invention comme équivalant à son exploitation, et comme mettant le brevet à l'abri de la déchéance.

Ajoutons qu'aux termes de l'article 32, alinéa 2, la déchéance ne serait pas encourue si le breveté justifiait des causes de son inaction et la jurisprudence se montre très indulgente dans l'appréciation de ces causes. C'est ainsi que les tribunaux ont décidé que les événements politiques (3), la cherté des matières premières (4) ou la

(1) Pouillet, *loc. cit.*, n° 515, p. 436 (Grenoble, 19 juin 1857. Pataille 57, 448. — Rouen, 8 août 1857. Pataille 57, 439).

(2) Pouillet, *loc. cit.*, n° 524, p. 444. — Nouguier, *loc. cit.*, n° 601. — Rendu et Delorme, n° 471. — Ricard et Olin, n° 779. — *Contrà* Tillière, n° 305.

(3) 11 février 1859. Trib. correct. Seine, 10 juin 1858. Trib. civil, Seine. Huard et Pelletier, *loc. cit.*, p. 506, 507, n°s 31, 32.

(4) 11 mai 1859. Tribunal correct. Seine. Huard et Pelletier, p. 507, n° 33.

modicité des ressources pécuniaires de l'inventeur sont des causes suffisantes (1). (Voir le décret du 25 janvier 1871 qui a prorogé de six mois le délai de deux ans accordé aux brevetés pour mettre leur invention ou exploitation en France).

La loi prononce aussi la déchéance en cas d'introduction en France par le breveté d'objets fabriqués à l'étranger et semblables à ceux décrits dans le brevet français.

Cette disposition est critiquable : introduite en faveur du travail national, elle va souvent contre le but du législateur : elle est de nature, en effet, à empêcher les étrangers à prendre des brevets en France. Car, comme le font remarquer MM. Lyon-Caen et Cahen, plus d'un inventeur étranger hésitera à se faire breveter en France, obligé qu'il est d'y fonder des ateliers, des usines, d'engager des fonds souvent considérables, avant d'avoir pu se rendre compte en présentant sur le marché français des produits fabriqués par lui dans un pays, de l'accueil qu'on fera à son invention (2). Il en résultera que plus d'une industrie restera inconnue en France (3) et que beaucoup d'établissements considérables qui seraient ainsi créés ne se fondent pas.

Aussi est-ce avec raison que les lois belge du 24 mai 1854, allemande du 25 mai 1877, espagnole du 30 juillet 1878, suédoise du 16 mai 1884, norwégienne du 16 juin 1885, aucune des législations les plus nouvelles, en un mot, ne contiennent de dispositions analogues au paragraphe 3 de l'article 32.

Etant donnée la loi du 5 juillet 1844, la simple introduction suffit-elle à entraîner la déchéance ou est-il néces-

---

(1) 11 janvier 1859. Huard et Pelletier, p. 507, n° 34.

(2) Lyon-Caen et Cahen, *loc. cit.*, p. 62.

(3) *Le génie Civil* (19 juillet 1884) cité par M. Bozérian. Convention internat. du 20 mars 1883, p. 40-41.

saire qu'elle ait lieu dans un but mercantile et pour vendre en France les objets introduits?

On ne considère que le motif de la loi, c'est cette dernière opinion que l'on doit admettre. On a voulu simplement que le travail national profitât de l'exploitation du brevet au moins dans la mesure de la consommation nationale. Ce but serait certainement atteint quand bien même on ferait entrer sur le territoire des objets fabriqués à l'étranger, pourvu qu'ils ne fussent pas livrés au commerce en France. Cette introduction peut être même profitable à l'industrie française. Le breveté, en essayant des produits fabriqués hors de France, pourra découvrir quelque perfectionnement à apporter à ses procédés de façon à travailler à de meilleures conditions pour lui et les consommateurs.

Mais l'article 32, dernier alinéa, modifié par la loi du 20 mai, 1er juin 1856 porte : Néanmoins, le ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics pourra autoriser l'introduction : 1° des modèles de machines ; 2° des objets fabriqués à l'étranger destinés à des expositions publiques ou à des essais faits avec l'assentiment du gouvernement.

Il semblerait résulter de cet article que l'extinction du brevet sera encourue toutes les fois que l'introduction n'aura pas été autorisée par le gouvernement, lequel ne peut l'accorder que dans les deux cas prévus.

Mais tel n'est pas l'esprit de la loi du 20 mai-1er juin 1856 qui a donné à l'article 32, dernier alinéa, sa rédaction actuelle. La loi de 1856 a voulu étendre les termes trop restrictifs de l'ancien article 32, ainsi conçu : « Sont exceptés des dispositions du précédent paragraphe les modèles de machines dont le ministre de l'agriculture et du commerce pourra autoriser l'introduction dans le cas prévu par l'article 29. »

L'administration en avait conclu qu'il y avait toujours déchéance à défaut d'autorisation, et que cette dernière ne pouvait être donnée que s'il s'agissait d'introduire des modèles de machines annexés à une demande de brevet faite en France, et à l'appui de cette demande, par une personne déjà brevetée à l'étranger, de manière que l'inventeur qui se trouverait dans le cas de l'article 29, fit coïncider l'introduction des modèles avec le prise du brevet français (1).

La jurisprudence au contraire soutenait que les pouvoirs du ministre n'étaient pas aussi limités que l'administration semblait le croire, et que l'introduction, même non autorisée, ne devait entraîner déchéance que si elle était faite dans une intention mercantile (2).

La loi de 1856 a voulu dissiper les scrupules de l'administration, lui accorder le droit d'autorisation le plus étendu, et non pas donner à l'article 32 une interprétation contraire à celle admise par les tribunaux.

En définitive, le breveté a toute liberté d'introduire des produits fabriqués à l'étranger, pourvu que ce ne soit pas en vue de les vendre en France, mais simplement à titre d'échantillons ou pour les essayer. Qu'il soit ou non autorisé, il n'a pas de déchéance à redouter; mais l'autorisation du gouvernement ne serait pas inutile, car elle établirait la présomption que l'introduction a eu lieu à titre d'essai, tandis que, en son absence, il y aurait présomption contraire (3).

La dernière jurisprudence, cependant, semble considérer l'introduction non autorisée, indépendamment de l'exis-

---

(1) Nouguier, p. 228, n° 612. Bédarride, n° 458.

(2) Cour de Douai, 11 juillet 1844. Cour de Paris, 8 juin 1855. Huard et Pelletier, *loc. cit.*, p. 572, n° 52.

(3) Pouillet, n° 531-532. Bédarride, *loc. cit.*, n° 465. Trib. Seine, 31 mars 1882. (*Journal Clunet*, 1883, p. 40).

tance d'un but commercial, comme constituant une cause de déchéance conformément à l'article 32, troisième alinéa. C'est ce qui ressort d'un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1886.

« Attendu, dit cet arrêt, que cette disposition de la loi (celle de l'article 32, troisième alinéa) qui a pour but de protéger l'industrie nationale est générale et absolue, qu'elle s'applique sans distinction à l'introduction en France de tous objets fabriqués en pays étranger et semblables à ceux qui sont garantis par le brevet, à moins que l'introduction n'ait été expressément autorisée par le ministre de l'agriculture et du commerce. —Attendu que c'est le fait même d'introduction illicite que la loi interdit et que peu importe dès lors le nombre des objets introduits, et que même lorsqu'il s'agit de l'expédition en France d'un unique instrument fabriqué en pays étranger, les prescriptions de la loi sont applicables. »

Il est vrai que dans l'espèce l'appareil introduit avait été vendu et livré par l'introducteur pour un usage industriel (1).

(b) *Introduction en transit.*

Nous pensons que l'introduction en transit d'objets fabriqués à l'étranger ne serait pas une cause de déchéance. Les marchandises en transit ne font que passer sur le territoire sans pouvoir être vendues en France et ne portent par suite aucun préjudice à l'industrie nationale.

(c) *Dépôt dans un entrepôt réel des douanes.*

Mais l'entrée en France et le dépôt dans un entrepôt réel des douanes de produits étrangers constituerait pour nous l'introduction prohibée par l'article 32, dernier alinéa.

(1) Cour de cassation Chambre criminelle, 12 février 1886. *Journal Clunet*, 1887, p. 464.

C'est en vain qu'on a soutenu que par une sorte de fiction d'exterritorialité, l'entrepôt réel est supposé situé hors de France. Cette fiction n'est admise que pour expliquer la non-perception des droits fiscaux de douane sur les marchandises entreposées. La vérité est que ces dernières sont souvent livrées à la consommation locale. C'est même le plus souvent dans cette intention qu'on les fait entrer à l'entrepôt. On veut les écouler petit à petit sur le marché, en payant au fur et à mesure les droits correspondants, sans avoir à en faire l'avance parfois considérable. Dans le cas cependant, où il serait bien établi que le dépôt en douane a été effectué dans le dessein formel de réexporter les produits introduits, on déciderait avec raison que la déchéance de l'article 32, dernier alinéa, ne serait pas encourue.

(d) Dépôt dans une exposition publique.

Il y aurait au contraire déchéance, si le breveté exhibait en France dans une exposition publique, même universelle, des objets fabriqués à l'étranger et semblables à ceux protégés par la loi française.

Il est vrai que le plus souvent les expositions universelles sont constituées en entrepôts réels des douanes (1).

Mais nous venons de dire que la fiction d'exterritorialité qui en résulte n'a d'effet qu'au point de vue fiscal.

On aurait tort d'assimiler aussi l'exposition des produits étrangers à leur introduction en transit, sous prétexte qu'en principe ils ne peuvent être retirés des bâtiments de l'exposition pendant sa durée. On sait en effet que, si les objets exposés ne peuvent être retirés, rien n'empêche de les vendre, sauf à ne pratiquer leur livraison qu'après la

(1) Décret du Président de la République du 4 septembre 1876, article 1er.

clôture de l'exposition, et que, du reste, le Commissaire général peut en autoriser le retirement, ce qui arrivera fréquemment, s'ils doivent être immédiatement remplacés (1).

Remarquons qu'une loi du 8 avril 1878, rendue à l'occasion de l'exposition de 1878, a porté dérogation, pendant la durée de l'exposition à l'article 32, p. 2 et 3, loi du 5 juillet 1844.

Elle dispose : 1° Que l'exhibition faite par un breveté d'un objet semblable à ceux pour lesquels il est breveté sera considérée comme une exploitation suffisante ; 2° que la déchéance non encore encourue, résultant du défaut d'exploitation (article 32, 2° alinéa) sera interrompue pendant toute la durée de l'exposition, le délai de déchéance ne devant recommencer à courir que du jour de sa clôture officielle ; 3° que l'autorisation ministérielle ne sera pas nécessaire pour l'introduction et l'exhibition d'un spécimen unique fabriqué à l'étranger, mais qu'il faudra l'obtenir pour introduire plusieurs spécimens et que la déchéance de l'article 32, 3e alinéa, sera encourue si les objets fabriqués à l'étranger ne sont pas réexportés dans le mois de la clôture officielle de l'exposition.

« Les mêmes dispositions, ajoute l'article 3 de cette loi, seront applicables à tout breveté français ou étranger ayant pris part à l'exposition ouvrière de Paris, s'il a d'ailleurs rempli les conditions qui seront ultérieurement indiquées dans un règlement d'administration publique (2) ».

Une loi analogue fut promulguée le 23 juin 1881, en faveur de l'exposition d'électricité. Le délai de réexportation y était fixé à 3 mois, après la clôture de l'Exposition (3).

---

(1) *Journal Clunet*, article de M. Bozérian, année 1878, p. 21.
(2) *Journal Officiel*, 8 avril 1878. *Journal Clunet*, 1878, p. 150.
(3) *Journal Clunet*, 1881, p. 575.

Enfin, un projet de loi, rédigé à l'occasion de la future Exposition universelle de 1889, a été présenté aux Chambres en 1887, par M. Lockroy, alors ministre du commerce et de l'industrie. Il reproduit presque exactement la loi du 8 avril 1878 ; mais il contient des dispositions encore plus favorables. C'est ainsi que, d'après son article 1[er], le breveté en France pourra, sans encourir déchéance exposer des objets fabriqués à l'étranger sans avoir besoin, quel qu'en soit leur nombre, d'obtenir l'autorisation du gouvernement, et que l'article 3 porte à 3 mois, à partir de la clôture de l'exposition, le délai de réexportation de ces objets (1).

(e) **Introduction faite par un tiers.**

Si les objets fabriqués à l'étranger étaient introduits non par le breveté mais par un tiers, la déchéance ne serait pas à craindre. L'introducteur deviendrait passible d'une action en contrefaçon. Il a même été jugé que l'introduction et la mise en vente en France par un tiers d'objets fabriqués à l'étranger par le breveté, n'entraînait pas déchéance du droit de ce dernier : l'introducteur, cependant, en qualité d'acheteur, se trouvait l'ayant-cause du breveté, mais celui-ci n'était nullement complice de l'introduction. Le même arrêt permet au breveté de procéder contre l'introducteur, malgré sa bonne foi, à la confiscation des objets introduits (2).

Si l'introducteur est un co-propriétaire, un associé ou cessionnaire du breveté, la déchéance est certainement encourue. Il en est différemment si c'est un licencié : ce dernier s'expose simplement à une action en contrefaçon.

(1) *Bulletin Officiel de la Propriété industrielle*, 1887, p. 129.

(2) Cour de Douai, 15 mai 1885. *Journal Clunet*, 1885, p. 284.

L'introduction de la matière première est licite ; celle, au contraire, de toutes les pièces détachées de l'appareil breveté est prohibée. Quant à l'introduction d'un organe de la machine pour laquelle la protection a été accordée en France, elle aurait ou non influence sur le droit du breveté, selon que cet organe serait jugé être un accessoire ou au contraire une pièce principale, essentielle de l'objet breveté (1).

APPENDICE

Il est bon de signaler, quoiqu'elles n'aient maintenant qu'un intérêt historique, les dispositions particulières contenues dans la Convention additionnelle au traité de paix du 10 mai 1871 entre la France et l'Allemagne (2).

Il résultait de l'article 10 de cette convention additionnelle, expliquée par le n° 5 du Protocole de clôture, que les territoires cédés à l'Allemagne ne pouvaient être considérés comme étrangers en ce qui concernait les brevets français délivrés avant le 2 mars 1871. De là les conséquences suivantes :

1° Tout titulaire, qu'elle que fût sa nationalité, d'un brevet français antérieur au 2 mars 1871 était protégé aussi bien en Alsace-Lorraine qu'en France ;

2° Il échappait à la déchéance établie par l'article 32, 2e alinéa par une exploitation pratiquée dans les délais légaux sur le territoire alsacien-lorrain, comme sur le territoire français ;

3° La déchéance provenant de l'article 32, § 3, n'était pas encourue par l'introduction en France d'objets fabri-

---

(1) Pouillet. *loc. cit.*, nos 537, 538, 539, 540, 541, p. 457, 459.

(2) De Villefort : *Recueil des traités, conventions, lois, décrets et autres actes relatifs à la paix avec l'Allemagne*, t. 1, p. 93 et 100.

qués en Alsace-Lorraine pour les brevets antérieurs au 2 mars 1871 ;

4° La personne munie d'un tel brevet devait, si elle était domiciliée en Alsace-Lorraine, faire le versement de la taxe annuelle dans les caisses publiques d'une ville frontière française à son choix.

Bien entendu, les brevets postérieurs au 2 mars 1871 rentrent dans le droit commun. Ils ne produisent effet qu'en France, et à leur égard l'Alsace-Lorraine est terre étrangère.

Aujourd'hui la situation créée par l'article 10 de la Cour additionnelle n'existe plus. Les brevets français n'ayant qu'une durée de 15 ans, ne peuvent être prolongés que par une loi. Les exemples de prolongation étant extrêmement rares (1) il est très probable que l'on ne peut plus trouver, depuis le 2 mars 1886, en Alsace-Lorraine, de brevets français encore en vigueur.

§ 3. *Prise d'un brevet à l'étranger après l'obtention d'un brevet en France.*

La personne brevetée en France peut librement prendre pour la même découverte un brevet à l'étranger ; la loi du 5 juillet 1844 n'a pas, en effet, reproduit la disposition de l'article 16, p. 5, de la loi du 7 janvier 1791, d'après laquelle « tout inventeur qui, après avoir obtenu une patente en France, serait convaincu d'en avoir pris une pour le même objet en pays étranger, serait déchu de sa patente ». Le législateur de 1791, dans son patriotisme égoïste désirait réserver à la France seule la connaissance et l'exploitation de toute invention nouvelle.

(1) On ne peut guère, paraît-il, en compter que deux, de 1844 à 1872 (Pouillet, *loc. cit.*, n° 180). La prolongation n'a, en fait, jamais excédé 5 ans.



En 1844, on se montra plus généreux ; du reste, la transmission rapide des idées de pays à pays eût rendu illusoire la disposition de l'article 16, p. 5, de la loi du 7 janvier 1791. Le seul résultat eût été d'empêcher l'industriel breveté en France de se défendre contre la concurrence étrangère; rien n'eût été enfin plus facile que de tourner la prohibition, en prenant le brevet étranger avant le brevet français; c'est ce qui arrivait souvent, paraît-il, sous la législation de 1791 (1).

Si le breveté en France veut se faire breveter dans un autre pays, il doit se hâter, car il est possible que d'après la loi étrangère la publicité qui accompagnera la délivrance du brevet français soit suffisante pour détruire la nouveauté de l'invention et entraîner la nullité du brevet étranger postérieurement obtenu.

Le plus prudent serait de déposer sa demande simultanément partout où l'on veut réclamer protection. La loi du 5 juillet 1844 laissera, en effet, peu de temps à l'inventeur pour se faire breveter hors de France, si on y exige la nouveauté absolue de la découverte. D'après l'article 23, les dessins et descriptions sont, du jour de la concession du brevet, mis au ministère de l'agriculture et du commerce à la disposition du public qui peut en prendre copie; de plus (art. 24), après le paiement de la deuxième annuité, c'est-à-dire un an après la délivrance du brevet les dessins et spécifications doivent être publiés par extraits ou *in-extenso*, sans préjudice d'un catalogue paraissant au commencement de chaque année, et donnant les titres des brevets délivrés l'année précédente.

Les lois belge (2) (loi du 24 mais 1854, art. 24, p. c.) et italienne (3) (lois des 30 janvier, 16 septembre 1869,

---

(1) Renouard, *loc. cit.*, p. 227.
(2) Renouard, *loc. cit.*, p. 157.
(3) Renouard, *loc. cit.*, p. 185.

13 novembre 1870), décident que les publications légales faites lors de la délivrance d'un brevet étranger n'empêcheront pas le titulaire de ce dernier de prendre un brevet d'importation valable. La loi suédoise du 16 mai 1884 (art. 3, p. 2) contient la même disposition, pourvu que la demande du brevet suédois soit déposée dans les six mois de la publication faite à l'occasion du brevet étranger (1). La loi norwégienne du 16 juin 1885, art. 2, p. 1, reproduit l'art. 3 de la loi suédoise du 16 mai 1884 (*Ann. légis. comp.*, 1886, p. 508). La loi allemande, en considérant comme nouvelle toute invention non encore décrite dans un imprimé en Allemagne ou à l'étranger, ou non exploitée sur le territoire de l'empire, autorise par cela même la prise d'un brevet allemand par une personne brevetée en France, pendant au moins le délai d'un an (puisque, au terme de l'article 24, loi du 5 juillet 1844, ce n'est qu'après le paiement de la deuxième annuité que l'invention doit être publiée par extrait ou *in extenso*), pourvu que pendant ce délai, le demandeur ait évité de faire imprimer la description de sa découverte, ou ne l'ait pas mise en exploitation en Allemagne (2).

La situation est la même en Autriche-Hongrie (loi du 15 août 1852, art. 1) (3). La loi anglaise du 25 août 1883, en décidant qu'un brevet serait nul quand l'invention aurait déjà été écrite dans un ouvrage imprimé en Angleterre ou à l'étranger, mais ayant figuré dans une bibliothèque publique en Angleterre ou qu'elle aurait été l'objet d'un brevet anglais antérieur, ou qu'elle aurait été publiquement fabriquée, employée ou vendue en Angleterre, facilite considérablement la prise d'un brevet d'importa-

(1) *Annuaire de légis. comp.*, 1885, p. 641.

(2) *Annuaire de légis. comp.*, année 1877, p. 123.

(3) Renouard, *loc. cit.*, p. 167.

tion par une personne déjà protégée dans un autre pays (1).

La loi espagnole du 30 juillet 1878 décide aussi que l'invention sera nouvelle tant qu'elle ne sera pas connue en Espagne. Dans son article 13, il est dit que l'inventeur breveté à l'étranger peut obtenir un brevet de 10 ans, si dans les deux années à compter du jour où il a obtenu son premier brevet à l'étranger, il sollicite un brevet en Espagne (2).

Quant au statut canadien du 14 juin 1872, il porte dans son article 7 que le breveté à l'étranger ne peut prendre un brevet au Canada quand il s'est écoulé plus de 12 mois depuis l'obtention du premier brevet et la demande du deuxième. Nous savons aussi que dans ces 12 mois la mise en pratique de l'invention au Canada par un tiers n'empêche pas la prise du brevet d'importation (3).

La loi brésilienne du 25 août 1883, accorde à l'inventeur breveté à l'étranger un délai de sept mois pour prendre un brevet au Brésil, sans avoir à craindre la déchéance qu'établit notre loi française du 5 juillet 1844, art. 31.

Ces dispositions sont certainement meilleures que celles contenues dans notre législation.

Quoi qu'il en soit, si une personne prend un brevet à l'étranger après en avoir obtenu un en France, ce dernier est complètement indépendant du brevet étranger, car on se trouve en dehors des termes de l'article 29, 2e alinéa qui ne vise que le brevet concédé en France après l'obtention d'un brevet à l'étranger.

---

(1) *Annuaire de Législat. comp.* (1885, p. 90).
(2) *Annuaire de lég. comp.*(1878, p. 343).
(3) *Annuaire de législ. comparée*, 1872, p. 54.

SECTION II

DES CESSIONS DE BREVETS

Condition des étrangers. Questions présentant un intérêt international

§ 1. *Droits des étrangers.*

Au point de vue de sa transmission le brevet peut être assimilé à une propriété mobilière. Il est susceptible d'être cédé par acte entre vifs à titre gratuit ou onéreux ou d'être compris soit dans une succession, soit dans une disposition testamentaire.

La loi du 5 juillet 1844 ne contenant aucune prescription particulière relativement aux aliénations de brevets par ou au profit des étrangers, les laisse, par cela même soumises au droit commun. Aussi devons-nous reconnaître aux étrangers le droit de transmettre leurs brevets français de quelque façon que ce soit et celui de les acquérir à titre onéreux ou même par succession, testament, donation, sans aucune condition, depuis l'abrogation des articles 726 et 912 du Code civil par la loi du 14 juillet 1819.

Nous nous en rapportons aussi au droit commun, dans le silence de la loi de 1844, pour déterminer la capacité requise pour l'aliénation et l'acquisition des brevets. Par suite, les Français devront avoir la capacité exigée par le code civil pour les aliénations mobilières et les étrangers celle déterminée, dans le même cas, par leur loi nationale, d'après l'interprétation unanimement admise de l'article 3, al. 3 du Code civil.

La loi du 5 juillet 1844 ne s'est préoccupée que des formalités devant accompagner la cession de brevets, c'est-à-dire l'acte entre vifs par lequel le breveté met le cessionnaire en son lieu et place, soit d'une façon com-

plète, s'il s'agit d'une cession totale, soit en se réservant partie de la propriété du brevet, s'il s'agit d'une cession partielle.

Tout autre mode de transmission se trouvera en dehors des prescriptions de la loi de 1844 et sera régi, quant à la forme et quant au fond par le droit commun.

Remarquons toutefois qu'il ne serait pas inutile de faire enregistrer, conformément à l'article 20, toute mutation de brevet autrement que par cession ; d'une part, en effet, le nom du véritable propriétaire sera connu des tiers et d'autre part, si le ministère public demande la nullité absolue du brevet, il sera tenu de mettre en cause tous les ayants droits qui auront fait enregistrer leur titre, (art. 38) (1).

Nous n'étudierons que les formalités prescrites par les articles 20, 21, 22 de la loi du 5 juillet 1844 pour les cessions de brevets et nous envisagerons deux hypothèses :

1° Cession d'un brevet français en France.

2° Cession d'un brevet français à l'étranger.

Nous n'aurons, du reste, jamais à nous préoccuper de la nationalité des parties. Du moment que la loi n'a imposé aucune formalité particulière aux étrangers, en leur qualité, les articles 20, 21, 22 leur sont applicables comme aux Français ce qui est conforme à l'esprit général de notre législation sur les brevets qui les organise sans distinguer à qui ils appartiennent.

§ 2. 1re Hypothèse : *Cession d'un brevet français en France.*

Que les parties soient françaises ou étrangères, la loi du 5 juillet 1844 exige :

---

(1) Pouillet, *loc. cit.*, n° 287.

1° Que la cession soit constatée par acte notarié.

2. Qu'on ait procédé à l'acquittement intégral de toutes les annuités restant à courir jusqu'à l'arrivée du terme du brevet.

3° Que la cession soit enregistrée à la préfecture du lieu où l'acte notarié a été dressé (art. 20).

L'authenticité de l'acte de cession est destinée à lui donner une date certaine.

Le paiement d'avance de la taxe entière doit prémunir le cessionnaire contre la négligence du cédant qui n'aurait qu'à se dispenser d'acquitter une annuité pour provoquer la déchéance du brevet cédé.

Quant à l'enregistrement, il sert à porter la cession à la connaissance des tiers (1). L'oubli de l'une de ces formalités ne produit pas toujours les mêmes conséquences.

Le défaut d'enregistrement entraîne incontestablement la nullité de la cession à l'égard des tiers, c'est-à-dire, d'après l'opinion la plus admise, tous ceux qui n'ayant pas été parties dans la cession ont intérêt à la contester (2). Un contrefacteur, par exemple, aurait la faculté de repousser la poursuite du cessionnaire en lui opposant le défaut d'enregistrement de son titre.

Une autre opinion donne au mot tiers le sens restrictif de l'article 1690 Code civil, et ne considère comme tel que le cessionnaire du breveté qui aurait fait enregistrer son titre, de sorte qu'il aurait le droit de considérer comme nulle toute autre cession, même antérieure en date à la sienne, qui n'aurait pas été enregistrée (3).

Du reste, la nullité résultant de l'article 20, 3e alinéa,

---

(1) Pouillet, *loc. cit.*, n° 212. Voir Lyon-Caen et Cahen, *loc. cit.*, p. 54, n° XX.

(2) Pouillet, *loc. cit.*, n° 213. Bedarride, *loc. cit.*, n° 281. Pardessus, *Droit comm.* n° 110. Renouard, *loc. cit.*, n° 172. Dalloz, *Brevet d'invention*, n° 211. Bozérian, *Prop. ind.*, n° 331.

(3) Blanc (article dans *la Propriété industrielle*, n° 322).

ne saurait être opposée par les parties entre elles ni par les parties aux tiers.

Quant à l'absence d'acte notarié ou le défaut du paiement de la taxe, elle serait sans influence, croyons-nous sur l'existence de la cession même à l'égard des tiers.

Cela résulte du texte de l'article 20 et de l'opposition qui paraît exister entre le paragraphe 2 : « La cession partielle ou totale du brevet soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, ne pourra être faite que par acte notarié et après l'acquittement de la taxe déterminée par l'article 4 » et le paragraphe 3 : « Aucune cession ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistrée au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte aurait été passé ». Les nullités étant essentiellement de droit étroit et n'existant qu'autant qu'elles sont clairement exprimées, ce n'est que dans le cas prévu dans l'article 20, alinéa 3, c'est-à-dire qu'à défaut d'enregistrement que la cession serait nulle à l'égard des tiers (1).

Mais, si en fait, la taxe n'a pas été payée et un acte notarié dressé, l'enregistrement sera impossible. C'est la conséquence d'une instruction ministérielle du 31 octobre 1844, qui prescrit aux préfets de refuser d'enregistrer une cession, si on ne leur représente pas un extrait authentique de l'acte passé devant un notaire du département et constatant la cession totale ou partielle du brevet soit à titre onéreux, soit à titre gratuit (2).

Pour assurer la publicité de la cession, il est dressé procès-verbal de l'enregistrement et une expédition dudit procès-verbal est, dans les cinq jours, expédiée au ministère de l'agriculture et du commerce où elle est transcrite sur un registre spécial tenu à la disposition du public (art. 20

(1) Pouillet, *loc. cit.*, n° 232.
(2) *Instruct. minist.* du 31 oct. 1844 (Pouillet, n° 225).

ult. § et art. 21). En outre, tous les trois mois, le *Bulletin des lois* publie toutes les mutations de brevets enregistrées dans le trimestre précédent (art. 21).

Toute personne, en consultant le registre des mutations tenu au ministère de l'agriculture et du commerce, se rendra exactement compte des changements de propriétaires subis par le brevet et des clauses particulières sous lesquelles les cessions auront été effectuées.

L'enregistrement à la préfecture, prescrit par l'article 20, alinéa 5, ne fait pas obstacle à l'enregistrement fiscal ordinaire exigé pour les aliénations de brevet comme pour toute autre mutation mobilière et entraînant un droit de 2 p. 100 (1).

Remarquons enfin que si on procède à une donation de brevet, les règles de droit commun contenues dans les articles 931, 932 Code civil, s'appliquent concurremment avec les dispositions des articles 20, 21 et 22 de la loi du 5 juillet 1844.

§ 3. *Cession d'un brevet français à l'étranger.*

Des formalités à suivre dans de telles cessions.

Les brevets, délivrés en France, ne donnent protection que sur le territoire français, mais rien n'empêche qu'ils ne soient l'objet d'une mutation en propriété en pays étranger.

Si nous supposons une cession accomplie hors de France, quelles seront les formalités qui devront être suivies? Devra-t-on observer toutes celles prescrites par l'article 20, ou pourra-t-on se dispenser de quelques-unes d'entre elles?

---

(1) **Pouillet, *loc. cit.*, n° 231. Nouguier, 295.**

(a) *Nécessité de l'enregistrement en France et du paiement intégral de la taxe.*

Il est un point sur lequel tout le monde doit être d'accord. C'est que la nécessité de l'enregistrement et du paiement de toutes les annuités s'impose dans quelque pays que la cession ait lieu. L'acquittement intégral de la taxe est, en effet, une mesure fiscale, d'ordre public, comme toutes celles de cette nature.

Quant à l'enregistrement, il est prescrit dans un intérêt public ; il a pour but d'empêcher qu'une même personne puisse céder à plusieurs un même brevet dont elle aurait été titulaire en permettant à tout le monde de s'éclairer sur le véritable propriétaire du brevet. Cet enregistrement, dont l'absence rend la cession nulle à l'égard du tiers, constitue, quant à eux, le transfert de la propriété du brevet ; c'est une règle de statut réel, qui doit dépendre de la loi du lieu où le bien est situé, c'est-à-dire de la loi française. Car, bien qu'une découverte industrielle soit insusceptible d'appropriation proprement dite et de localisation, le brevet lui-même est comme un bien, ayant pour situation fixe le territoire où il a été délivré. C'est là seul, en effet, qu'il produit ses effets et que la protection peut être invoquée.

L'enregistrement prescrit par l'article 20, loi du 5 juillet 1844, présente donc la plus grande analogie avec la transcription des aliénations immobilières, à cause du caractère territorial de la concession qui est faite au moyen du brevet.

(b) *La rédaction d'un acte notarié est-elle nécessaire?*

Mais la rédaction d'un acte notarié est-elle aussi d'ordre public, et une cession, étant consentie hors de France, les parties sont-elles tenues d'y rentrer pour faire constater leurs conventions par-devant notaire ?

Il est incontestable que si cédant et cessionnaire sont Français, ils pourront, à l'étranger, s'adresser au consul de France et faire dresser par lui l'acte de cession dans la forme notariée française. Les consuls, en effet, de plein droit, le vice-consul et les agents consulaires, avec l'autorisation de leur gouvernement peuvent, à l'égard de leurs nationaux, faire fonctions de notaire (1). Dans beaucoup de pays même leurs pouvoirs sont plus étendus, car de nombreuses conventions diplomatiques autorisent, presque toujours avec condition de réciprocité, les consuls, vice-consuls et agents consulaires de France à rédiger tous les actes notariés intéressant des Français et des nationaux du pays où ils exercent leurs fonctions ou même seulement des nationaux de ce dernier pays, quand ces actes se rapportent à des biens situés ou à des affaires à traiter sur le territoire français (2). Nul doute que le brevet délivré en France ne satisfasse à cette condition.

Muni de l'expédition de l'acte dressé par le consul, expédition dûment légalisée par lui et revêtue du sceau du consulat, on sera incontestablement en droit d'obtenir du préfet l'enregistrement prescrit par l'article 20 de la loi du 5 juillet 1844.

Mais si les parties n'ont pas voulu ou pu s'adresser au consul et qu'elles aient fait constater la cession par acte authentique en la forme étrangère, pourront-elles obtenir l'enregistrement à la préfecture?

On peut soutenir la négative. Sans doute, quand il s'agit de procéder à la rédaction d'un acte quelconque, authentique ou sous seing privé ou même solennel, on suit

---

(1) Décret du 1er décembre 1869 Inst. des affaires étrangères, 30 novembre 1883.

(2) Conventions avec la Russie du 1er avril 1874, art. 9, al. 2, n° 2; la Grèce, 7 janvier 1876, art. 10, al. 2; l'Espagne, 7 janvier 1862, art. 19, al. 3; l'Italie, 26 juillet 1865, art. 8, al. 3; le Portugal, le 11 juillet 1866, art. 7, al. 1; le Salvador, 8 août 1879, art. 10, al. 2, 3, 4; Vénézuela, 24 octobre 1856, art. 7.

la règle: *locus regit actum*. C'est la nécessité même qui oblige à observer les formalités requises par la loi du lieu où l'acte est passé, car il serait souvent impossible de le constater autrement. La chose n'offre, du reste, aucun inconvénient, une loi n'ayant organisé certaines formes que dans un intérêt privé, afin, par exemple, que la présence d'un officier public empêche les surprises dont l'une des parties aurait à souffrir. Mais, en matière de brevets, la situation est différente. Si la loi du 5 juillet 1844 exige pour leur cession la rédaction d'un acte notarié, c'est qu'elle a en vue l'intérêt public. Elle a voulu que le préfet ne soit pas exposé à enregistrer un acte simulé, une fausse cession et que, par suite, le registre tenu au ministère de l'agriculture et du commerce présente un tableau aussi exact que possible de toutes les aliénations subies par le brevet. Il est nécessaire que le public puisse y avoir la plus grande confiance, l'enregistrement étant la condition d'opposabilité de la cession aux tiers et permettant de se garder des fraudes possibles de la part du titulaire d'un brevet.

La présence d'un notaire, et d'un notaire français à la cession, garantit son exactitude. On n'a pas à craindre de complaisance coupable de la part d'un officier ministériel directement soumis aux sévérités de la loi française; l'acte qu'il a dressé a date certaine et ne peut être attaqué que par l'inscription de faux; enfin, la difficulté et le danger qu'il y a à imiter un acte authentique, rend peu probable un faux gravement puni par les articles 147 et 148 du Code pénal.

Un acte sous seing privé, dans quelqu'endroit qu'il eût été rédigé, ne présenterait pas la même autorité; on comprendrait même que la loi considérât comme insuffisant un acte authentique en la forme étrangère, un officier public étranger étant à l'abri des dispositions pénales de notre

législation et, par suite, lui inspirant moins de confiance qu'un notaire français.

En définitive, la rédaction d'un acte notarié serait le complément de l'enregistrement et serait d'ordre public comme lui. Elle s'imposerait à toute cession même intervenue hors du territoire français.

Peu d'auteurs adoptent cependant cette opinion. M. Nouguier se contente d'exiger qu'en cas de cession à l'étranger, dépôt soit fait de l'acte chez un notaire en France, afin de lui donner avant l'enregistrement date certaine (1).

MM. Malapert et Forni sont plus exigeants et soutiennent que l'acte de cession passé en la forme étrangère doit être revêtu en France de la formule exécutoire puis enregistré au secrétariat de la Préfecture du tribunal qui aura délivré la formule (2). Mais c'est oublier, croyons-nous, que la formule exécutoire n'est exigée que si on veut procéder à un acte d'exécution : tandis que l'enregistrement de la cession n'est sûrement qu'une mesure purement conservatoire, comme le serait l'inscription d'une hypothèque ou la transcription d'une aliénation immobilière (3).

L'opinion générale est que pour les cessions de brevets à l'étranger on doit appliquer la règle *locus regit actum,* et que pour l'enregistrement de l'article 20, 3e alinéa, le Préfet devra se contenter de l'expédition d'un acte dressé dans la forme authentique étrangère.

La législation française admet en effet la règle *locus regit actum* pour des actes aussi importants que des cessions de brevets, des actes dont la constatation sincère,

---

(1) Nouguier, *loc. cit.*, n. 306.

(2) Malapert et Forni : *nouveau commentaire des lois sur les brevets d'invention,* n° 390. — *J. Clunet,* 1879, p. 478.

(3) *Journal Clunet,* 1879, p. 478.

exacte, intéresse l'ordre public, pour ceux de l'état civil, par exemple. C'est ainsi, qu'aux termes de l'article 170, C. C., le mariage des Français peut avoir lieu dans la forme étrangère, et l'article 131 exige que l'acte dressé à l'étranger le constatant, qu'il soit authentique au sous-seing privé, soit transcrit dans les trois mois du retour des parties en France sur les registres de l'état civil de leur domicile. Pourquoi se montrer plus sévère en notre matière ?

Ne serait-ce pas ajouter aux dispositions de la loi du 5 juillet 1844 que d'obliger toute personne, résidant à l'étranger, à rentrer en France pour y faire constater par devant notaire la cession d'un brevet français, dans laquelle elle figurerait à titre de cédant ou de cessionnaire ?

Nous croyons donc que le Préfet ne saurait se refuser à enregistrer une expédition d'un acte de cession, intervenu à l'étranger, dressé dans la forme authentique locale, si surtout on avait la prudence de faire légaliser la signature de l'officier public étranger par le Consul de France, et la signature de ce dernier par le Ministre des affaires étrangères, comme il est prescrit par l'ordonnance du 25 octobre 1833, article 6 et suiv. pour les actes de l'état civil rédigés à l'étranger et produits en France. Ces deux formalités n'influeraient en rien, du reste, sur la valeur de l'acte et ne seraient qu'une garantie de son authenticité.

Presque toute la doctrine reconnaît la validité de la cession passée dans la forme authentique étrangère ; il en est de même de la jurisprudence. Mais doctrine et jurisprudence semblent s'en tenir là et considérer comme insuffisant un acte sous-seing privé, quand bien même la loi locale s'en contenterait (1).

---

(1) Nouguier, n° 306. — Dalloz (*brevet d'invention*), n° 209. Cour de Paris, 28 janvier 1879. — Huard et Pelletier, p. 389, n° 58.



Mais il faut aller plus loin et décider que si les parties se trouvent dans un pays où il n'y ait pas d'officiers publics qui puissent ou veuillent leur prêter leur ministère, elles peuvent valablement constater la cession par acte sous-seing privé. La raison qui justifie la règle *locus regit actum*, c'est-à-dire sa nécessité, l'exige (1). Cette solution paraît d'autant plus juste que telle est celle admise même pour les actes solennels : c'est ainsi qu'on reconnaît en France la validité d'un contrat de mariage ou d'un contrat de donation faits à l'étranger par acte sous-seing privé, alors que la loi française exige à peine d'inexistence leur constatation par un acte authentique quand ils sont passés en France.

Quant à la foi à donner à l'enregistrement intervenu dans de telles circonstances, elle ne sera plus invariablement celle due à un acte authentique français ; on ne lui accordera que la force probante donnée à l'acte dans le pays où il a été rédigé (2).

Remarquons que si nous admettons pour les cessions de brevets français passés à l'étranger la règle *locus regit actum*, nous ferons application de la loi locale, non pas en tant qu'elle règle les aliénations de brevets délivrés par elle, mais en tant qu'elle organise la transmission des biens mobiliers en général. Le caractère souverain de toute législation en matière de brevets fait restreindre ses effets aux seuls brevets concédés sur le territoire où elle s'exerce ; tout brevet étranger n'est pour elle qu'une propriété mobilière quelconque soumise aux seuls principes du droit commun (3).

Il peut se faire que la loi étrangère décide que la pro-

---

(1) Pouillet, n° 237.

(2) Frantz Despagnet : *Précis de droit international privé*, p. 277, n° 273. — Aubry et Rau, t. I, p. 111, note 76.

(3) Pouillet, *loc. cit.*, n° 238.

priété d'un objet mobilier est cessible, même à l'égard des tiers, d'une façon absolue *solo consensu*. Nous exigerions cependant dans tous les cas la rédaction d'un écrit : la loi du 5 juillet 1844 parle, en effet, de l'enregistrement d'un acte, d'un écrit, d'un *instrumentum*, qui constate la cession. Nous déciderions donc en ce sens, non par dérogation à la règle *locus regit actum*, mais par application des formalités d'enregistrement exigées en France.

Il est vrai que l'on reconnaît comme valable en France un mariage contracté à l'étranger *solo consensu* (1), quand la loi locale l'autorise, alors que, cependant, l'art. 171 du Code civil, prescrit dans les 3 mois du retour des époux en France la transcription de leur acte de mariage sur les registres de l'état civil de leur domicile. Or cette transcription est manifestement impossible quand il s'agit d'un mariage *solo consensu*. Mais la transcription de l'article 171 C. C. et l'enregistrement de l'article 20, loi du 5 juillet 1844, ont une importance bien différente. Le défaut de transcription n'a, en effet, quoi qu'on en dise, aucune influence sur la validité du mariage (2) : la preuve en est simplement rendue plus difficile. Nous savons, au contraire, que si on a négligé d'enregistrer la cession, elle est considérée comme nulle à l'égard des tiers.

A quelle préfecture doivent être enregistrées les cessions intervenues hors de France ? Nous croyons qu'elle peut être laissée au choix des parties : grâce, en effet, à la transcription de tous les procès-verbaux d'enregistrement dressés dans les préfectures, sur un même registre tenu au Ministère de l'agriculture et du commerce, la publicité des cessions sera toujours assurée.

Il est incontestable que l'on devra toujours procéder à

(1) Fr. Despagnet : *loc. cit.*, n° 319.
(2) Baudry-Lacantinerie : *Précis de Droit civil*, n° 458. — Fr. Despagnet : *loc. cit.*, n° 326.

l'enregistrement fiscal : c'est là une mesure d'ordre public qui s'impose à toutes les cessions.

Les cessions de brevets étrangers en France échappent complètement aux dispositions de la loi du 5 juillet 1844 qui ne régit que les brevets français. Elles seront soumises aux règles du droit commun en matière d'aliénation mobilière, sauf aux parties à se conformer aux prescriptions d'ordre public contenues dans la loi du pays où le brevet aura été délivré (1).

§ 4. *Effets des cessions de brevet.*

Le cessionnaire d'un brevet peut donner à la cession l'étendue qu'il lui plaît, la limiter à un territoire déterminé, ou à un des procédés décrits au titre. Les parties ont toutes libertés dans leurs conventions.

Si nous supposons un brevet cédé pour une région déterminée, les droits du cessionnaire dépendront du terme du contrat. En principe, il aura la faculté d'exploiter seul l'invention sur le territoire qui lui aura été attribué et pourra y poursuivre, comme contrefacteur, toute personne, même le cédant, qui y aurait mis en œuvre les procédés, fabriqué ou vendu les produits compris dans la cession ; il deviendrait, du reste, lui-même contrefacteur, s'il voulait exploiter la découverte dans un des territoires que le cédant se seraient réservés (2).

Quand elle est faite à titre onéreux, la cession présente la plus grande analogie avec une vente, mais une vente ayant un caractère aléatoire, l'objet du contrat, le brevet, étant par lui-même d'une existence précaire, des antério-

(1) Pouillet : *loc. cit.*, n° 238.

(2) Pouillet, *loc. cit.*, n° 244. — Bédarride, n° 295.

rités, par exemple, lentes à se révéler pouvant en entraîner la nullité.

En vertu de cet aléa, il semble juste de décider que tout événement qui influera sur l'existence du brevet, ne sera pas l'occasion d'une action en garantie au profit du cessionnaire. Ce n'est qu'autant qu'il ne sera pas entré dans les prévisions des parties qu'il produira cet effet.

La jurisprudence est plus favorable au cessionnaire et lui accorde souvent une action, sous prétexte que la vente est nulle faute d'objet (1).

Il faudra distinguer, à notre avis, entre les causes qui amèneront la perte du droit cédé : les vices apparents du brevet laisseraient le cessionnaire sans recours, les vices cachés l'autoriseraient à actionner son cédant.

Quant à la détermination des vices cachés et des vices apparents, c'est une question livrée à la sagacité des juges et des jurisconsultes qui doivent tenir compte des dispositions de la loi de 1844 en tant qu'elles assurent la connaissance complète de l'invention et de l'intention des parties.

C'est ainsi qu'on peut indiquer l'insuffisance de la description, le caractère immoral ou illicite de l'invention, comme des vices apparents que le cessionnaire aurait dû connaître. Au contraire, la difficulté d'une application industrielle, la déchéance résultant de l'introduction d'objets fabriqués à l'étranger ou d'une non-exploitation pendant deux ans seraient des vices cachés. Quant au défaut de nouveauté, le cessionnaire étant à même de

---

(1) C. cassation, 15 juin 1858. Pataille, 60. 371. — Paris, 3 décembre 1860. *Propr. ind.*, n° 159. Trib. Seine, 19 déc. 1850, *Propr. ind.*, n° 162. — Paris, 2 févr. 1861. Pataille, 61, 77. — C. cassation, 22 avril 1861. Pataille, 61. 227. — Paris, 3 déc. 1863, *Gazette des Trib.*, 26 déc. — Néanmoins, il faut tenir compte de l'intention des parties, Paris, 5 nov. 1855. Pataille, 56. 58. — Paris, 17 avril 1863. Pataille, 63, 142. Paris, 24 juillet 1868. Dall. 69, 1, 367.

connaître l'antériorité, comme le public dans le domaine duquel l'invention est tombée, elle constituerait un vice apparent.

Les parties sont du reste libres de restreindre ou d'augmenter la garantie due au cessionnaire : leurs intentions expresses ou tacites doivent être scrupuleusement observées.

C'est ainsi qu'en supposant une cession d'un brevet français, intervenue entre deux étrangers de même nationalité, il sera possible qu'ils aient entendu s'en référer, pour l'étendue de la garantie, aux dispositions de leur loi nationale sur les brevets, si celle-ci organise d'une façon particulière la garantie en cas de leur cession.

APPENDICE I

DES LICENCES

Le breveté peut, sans aliéner la propriété de son brevet, accorder des licences. La licence diffère de la cession en ce que le licencié n'est pas mis au lieu et place du breveté; ce dernier conserve dans leur intégrité tous ses droits, il se contente d'en concéder la jouissance d'une façon plus ou moins étendue selon la convention; il peut, du reste, accorder autant de licences qu'il lui plaît.

Aucune formalité n'est requise pour la délivrance d'une licence; la rédaction d'un acte notarié, l'enregistrement, le paiement de la totalité de la taxe ne sont exigés que pour les cessions.

On discute la question de savoir si le licencié peut intenter une action en contrefaçon; il semble que non, car le licencié, ne pouvant empêcher que la jouissance du brevet ne soit accordée à d'autres, un contrefacteur ne lui fait aucun tort dont il ait le droit de se plaindre. Qui lui dit, en outre, que la personne qu'il voudrait poursuivre n'est pas elle-même un licencié? En présence d'une contrefaçon,

il devrait simplement avertir le breveté afin que celui-ci poursuive, s'il le juge à propos.

Rien n'empêche cependant que la convention accorde au licencié la faculté d'agir contre les contrefacteurs, mais dans ce cas il serait nécessaire de procéder à l'enregistrement de la licence afin de rendre opposable aux tiers le droit concédé.

Des licences peuvent être accordées à l'étranger pour un brevet français; mais toutes les fois que le licencié acquerra du breveté le droit de poursuite, il sera à craindre que les juges ne voient dans la convention une véritable cession, exigeant pour sa validité à l'égard des tiers l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par l'art. 20 de la loi du 5 juillet 1844.

C'est ainsi qu'il a été jugé que la personne revêtue à l'égard d'un brevet français du titre anglais de *trustee* était un véritable cessionnaire : que, bien que le mot *trustee* (du verbe *to trust, confier*) n'ait pas d'équivalent en Français, on ne pouvait le traduire, ni par licencié, le licencié, à la différence du *trustee,* n'ayant pas le droit de poursuivre les contrefacteurs, ni par mandataire du breveté, le *trustee* agissant en son propre nom tandis que le mandataire ne peut poursuivre qu'au nom du mandant, en vertu du principe que nul en France ne plaide par procureur. Que le *trustee* est un copropriétaire du brevet ou plutôt une personne munie d'une sorte de *procuratio in rem suam* donnant à celui qui en est revêtu jusqu'au droit d'aliénation, sauf à rendre compte aux autres co-propriétaires : qu'en considération de l'étendue des pouvoirs du *trustee* il était tenu, comme tout cessionnaire du brevet français, de faire procéder à la rédaction d'un acte authentique et à l'enregistrement à une préfecture de France (1).

(1) Jug. Trib. Seine, 30 mai 1873. Conf. Cour d'Ap., 28 janvier 1879, *J. Clunet,* 1880, p. 472.



APPENDICE II

Le breveté est-il exposé à être dépouillé de son droit par une expropriation pour cause d'utilité publique?

Pratiquement la question a été tranchée dans ce sens lors des travaux préparatoires de la loi du 5 juillet 1844 (1) et la plupart des auteurs appuient cette solution sur l'art. 545 du C. civ. Mais deux conditions doivent être observées : 1° il faut qu'il y ait utilité publique; 2° juste et préalable indemnité.

Cependant un arrêt de la Cour de Paris du 11 janvier 1876 pose en principe qu'on ne saurait intenter une action en contrefaçon contre l'Etat français pour des objets qu'il aurait introduits pour un service public, bien que ces objets soient brevetés en France. La Cour consacrerait ainsi une sorte d'expropriation détournée sans aucune espèce d'indemnité.

Plusieurs pays ont consacré législativement l'expropriation des brevets.

La loi anglaise du 25 août 1883 décide que la Couronne peut employer une invention brevetée moyennant une rémunération fixée entre les agents du département qui veut user de l'invention et le breveté par une convention approuvée par la trésorerie, qui peut entendre les parties intéressées (2).

La loi allemande du 25 mai 1877, art. 5 al. 2, porte que lorsqu'une invention doit être employée par l'armée ou par la flotte ou dans un intérêt public, le brevet ne produira pas d'effet, mais le breveté a droit à une indemnité, qui à défaut d'entente, sera réglée judiciairement (3).

---

(1) Huard et Pelletier : *loc cit.*, p. 366.

(2) *Journal Clunet*, 1885, p. 29.

(3) *Ann. de Législ. Comp.*, année 1877, p. 123.

A côté de l'expropriation, certaines législations préoccupées d'assurer une bonne exploitation du brevet et s'attachant à ce que le privilège concédé soit le plus profitable aux intérêts publics ont organisé les licences obligatoires. Dans certains cas le breveté est forcé d'accepter une indemnité, jugée suffisante, qui lui est offerte par un tiers pour le laisser jouir de sa découverte.

C'est ainsi que la loi allemande, art. 11, établit les licences obligatoires quand l'intérêt public paraîtra l'exiger ; si le breveté se refuse à accorder la licence et ne veut pas accepter l'indemnité qu'on lui offre, déchéance de son droit peut être prononcée par le Patentammt. C'est le tribunal suprême de Leipsig qui prononce l'utilité publique.

La loi de 1883 a introduit pour la première fois dans la législation britannique les licences obligatoires : 1° quand le brevet n'est pas exploité dans le Royaume-Uni ; 2° quand les demandes raisonnables du public en ce qui concerne le brevet ne peuvent être satisfaites ; 3° quand un breveté est empêché d'employer son brevet de la façon la plus avantageuse.

La loi norwégienne du 16 juin 1885 consacre le droit d'expropriation des brevets pour cause d'utilité publique et même privée si, par exemple, l'invention est d'une importance considérable pour quelque métier ou profession : mais dans tous les cas, il faut qu'il y ait paiement d'une juste et préalable indemnité jugée suffisante par des arbitres désignés d'office (art. 9) (1).

Quant à la loi russe, elle déclare insusceptible d'être brevetées les inventions relatives au matériel de guerre et de défense de l'État dont l'emploi appartient exclusivement au Gouvernement : pour les autres objets pouvant servir

(1) *Annuaire de législ. comp.*, 1886, p. 508.

à l'armement d'une armée, ils peuvent faire l'objet d'un brevet, mais ce dernier n'est pas opposable aux départements de la marine et de l'armée qui peuvent librement essayer et employer la découverte ou le perfectionnement (art. 82). Extrait des actes russes, brevets d'invention. (*Bulletin officiel de la Propriété industrielle*, 1887, p. 142).

Il est un reproche que l'on peut adresser aux licences obligatoires aussi bien qu'à l'expropriation du brevet, c'est que l'impossibilité de fixer d'une façon exacte le chiffre de l'indemnité sera cause de bien des injustices. Néanmoins, partout où les licences obligatoires et l'expropriation existeront, elles constitueront des mesures d'ordre public qui s'appliqueront à tous les brevetés, sans distinction de nationalité.

SECTION III

DROITS DES ÉTRANGERS AU POINT DE VUE DE L'EXERCICE DES DIFFÉRENTES ACTIONS POUVANT NAITRE A L'OCCASION DES BREVETS.

§ 1. *Notions générales sur ces actions.*

(1) Action en revendication.

Les brevets peuvent donner lieu à des actions en nullité ou en déchéance, à des poursuites en contrefaçon ou à des actions en revendication. Si, en effet, une personne dépouille une autre de son invention, et si elle la fait breveter avant elle, cette dernière peut agir devant les tribunaux, afin de faire substituer son nom dans le brevet à celui de la personne qui l'a obtenu. L'action en revendication est de la compétence des tribunaux civils, est instruite

sommairement, doit être communiquée au Ministère public, tout comme les actions en nullité et en déchéance (1).

(2) Des actions en nullité et en déchéance.

Les causes de nullité et de déchéance sont énumérées dans les articles 30, 31, 32 de la loi du 5 juillet 1844 : nous les connaissons déjà.

Remarquons que les actions en nullité et les actions en déchéance obéissent aux mêmes règles, et que ce que nous dirons des premières s'appliquera exactement aux secondes.

Le brevet peut être déclaré nul, soit d'une façon relative, soit d'une façon absolue. L'action en nullité ou déchéance relative appartient à toute personne intéressée (art. 34). L'intérêt devra être réel, sérieux, mais les tribunaux se montrent généralement indulgents dans son appréciation. Il a été jugé notamment qu'il y avait intérêt permettant de demander l'annulation d'un brevet français, quand cette annulation constituait un moyen de défense suffisant devant une juridiction étrangère, et que cette juridiction avait sursis à statuer jusqu'à la décision du tribunal français sur la validité du brevet (2).

La nullité ou déchéance absolue n'est prononcée que sur la poursuite du ministère public agissant soit comme partie principale, soit comme partie intervenante, toute demande en nullité, même reconventionnelle, étant communicable au ministère public, à peine de nullité (article 36) (3).

Entre la nullité relative et la nullité absolue, il existe cette différence que, tandis que le jugement qui prononce la la première n'est, conformément à l'article 1351, C. civ.,

(1) Pouillet : *loc. cit.*, p. 520, nº 629.
(2) *J. Clunet*, 1883, p. 44. Tribunal Seine, 31 mars 1882.
(3) Pouillet, nº 573. Paris, 21 juillet 1845. — Dalloz, 46, 4, 367.

opposable qu'aux personnes qui ont été parties dans le procès agissant en la même qualité, la nullité absolue existe à l'égard de tout le monde, le ministère public qui l'a obtenue, représentant tous ceux ayant intérêt à la réclamer; la loi exige, en outre (article 39), que la nullité absolue soit rendue publique dans les formes prescrites par l'article 14 (loi du 5 juillet 1844).

Il est rare, paraît-il, que la nullité absolue soit poursuivie (1).

La nullité simplement relative présente cet inconvénient que le brevet n'étant nul qu'à l'égard de celui qui a été partie dans l'instance, le breveté peut s'en prévaloir à l'égard de tout autre personne. De là, il y a lieu de craindre que les décisions contradictoires de la jurisprudence fassent considérer valable à l'égard de l'un, un brevet nul à l'égard d'un autre.

Aussi, peut-être eût-il été préférable de décider comme l'a fait, du reste, la loi belge de 24 mai 1854, art. 26, que tout jugement, même obtenu par un particulier, prononçant la nullité ou la déchéance d'un brevet, aurait un effet absolu. On pourrait sauvegarder l'intérêt des tiers, en leur donnant un certain délai pour intervenir dans l'instance, au moyen d'une sorte de procédure provocatoire, analogue à celle établie par la loi allemande du 25 mai 1877 pour la délivrance des brevets d'invention (2).

(3) **Actions en contrefaçon.**

(a) *Des faits constitutifs de la contrefaçon.*

La contrefaçon est définie par les articles 40 et 41 de la loi du 6 juillet 1844. Elle comprend, d'une part (art.40)

---

(1) Lyon-Caen et Cahen, p. 70. Voir cependant C. d'Amiens, 1850. Sir., 51, 2, 107.

(2) Lyon-Caen et Cahen, *loc. cit.*, p. 70-71.

la fabrication des produits et l'usage des produits et procédés brevetés ; d'autre part, la vente, la mise en vente, l'introduction sur le territoire français et le recel de marchandises contrefaites.

Nous nous arrêterons un instant au délit d'introduction prévu par l'article 41, car il se rapporte aux relations internationales et est compris dans notre sujet.

Trois questions se présentent : 1° L'introduction en transit constitue-t-elle une introduction prohibée ? 2° Le dépôt de marchandises contrefaites venant ou non de l'étranger, dans une exposition publique, est-il visé par l'article 41 ? Ce même article 41 s'applique-t-il enfin en cas de dépôts de produits contrefaits à l'étranger, dans un entrepôt réel de douane ?

Dépôt en douane. — Le dépôt en douane constituerait certainement le délit d'introduction prévu et puni par l'article 41. Nous avons déjà fait, en parlant de l'article 32, justice d'une prétendue fiction d'exterritorialité dont on voudrait, dans tous les cas, faire bénéficier les entrepôts réels de douane et nous savons que les produits entreposés peuvent être et sont le plus souvent livrés à la consommation (1).

Exposition publique. — Les mêmes raisons qui nous ont fait considérer l'exhibition faite en France, par un breveté dans une exposition universelle, même constituée en entrepôt réel des douanes, d'objets fabriqués à l'étranger, semblables à ceux décrits dans son brevet, comme entraînant déchéance de son droit, nous conduiront à décider que les poursuites en contrefaçon pourraient être exercées par le titulaire d'un brevet français contre la

(1) Paris, 23 novembre 1861. Pataille 61-422. — Trib. correct. Seine, 9e chambre, 18 avril 1883 (*J. Clunet* 1884, p. 188). — Trib. correct. Seine, 30 mai 1861. — Trib. correct. Seine, référé 11 mars 1856 (Huard et Pelletier, p. 624, nos 3 et 9 Pouillet, n° 715).



personne qui placerait dans une exposition universelle des objets contrefaits ; la saisie de ces objets serait valablement pratiquée, quand bien même le breveté ne serait protégé qu'en France et non dans le pays de l'exposant (1).

Remarquons cependant que la loi du 25 novembre 1881 a déclaré que la saisie par description serait la seule possible pour les objets contrefaits exhibés dans l'exposition d'électricité de 1882 (2). Le projet de loi proposé en faveur de l'exposition universelle de 1889, art. 4, contient la même disposition.

L'introduction en transit fait plus de difficulté. On a soutenu que les marchandises contrefaites transitantes n'étaient pas introduites dans les termes de l'art. 41 ; qu'elles ne pouvaient être saisies et que leur introduction échappait à toute pénalité, car les objets en transit, a-t-on dit, sont fictivement situés hors du territoire de France. On a prétendu que le passage à travers la France, de produits contrefaits ne fait aucun tort au breveté, ces produits ne pouvant être arrêtés en France et devant forcément être exportés. On a objecté qu'en considérant comme un délit l'introduction en transit, on ne diminuerait en rien la contrefaçon, sauf à celle-ci à faire passer ses produits ailleurs que par la France; que, par suite, on n'obtiendrait qu'un seul résultat : enlever aux agents de transports français une source de profits, pour les faire attribuer à des étrangers.

On argumente encore du mot *introduit* contenu dans l'art. 41, qui signifierait que les marchandises doivent, non seulement entrer en France mais y demeurer, pour que cet article reçoive application (3).

(1) Art. Lyon-Caen, *Journ. Clunet*, 1878, p. 17.

(2) *Journ. Clunet*, 1881, p. 575.

(3) Bédarride, n° 568. — Tillière, n° 142. — Picard et Olin, n° 620. — Allard : *des brev. d'invent.*, p. 135. — Trib. civil, Seine, 23 juin 1860. — Huard et Pelletier, n° 2, p. 624.

Ces raisons ne nous décident pas. Quant à la fiction d'exterritorialité dont on se prévaut, nous répétons qu'elle n'a été établie que pour expliquer la non perception de droits de douanes sur les produits transitants; elle n'a pas d'autre portée ni d'autre conséquence, une fiction étant essentiellement de droit étroit et ne pouvant être étendue d'un cas à un autre.

Nous ne nous arrêterons pas à l'argument tiré du sens du mot *introduit*, il est des plus contestables, le terme étant très général et semblant comprendre toute espèce d'introductions.

Mais nous soutiendrons que le breveté a le plus grand intérêt à empêcher le transit de marchandises contrefaites. Souvent, en effet, les contrefacteurs ne les feront passer par la France, que pour tromper les consommateurs étrangers sur leur véritable origine, alors que ceux-ci, mieux renseignés, les refuseraient et s'adresseraient en France au breveté (1).

Il est donc faux que les contrefaçons en transit en France ne puissent y servir à une concurrence nuisible (2).

De plus, le législateur qui a voulu faire profiter l'industrie nationale, dans la mesure du possible, de l'exploitation du brevet, ne saurait indirectement favoriser la contrefaçon étrangère, c'est-à-dire le travail étranger dans ses manifestations les moins respectables, en lui permettant de faire passer ses produits sur les voies françaises jugées plus rapides ou plus économiques.

Enfin si un breveté est protégé, c'est qu'il est considéré comme ayant un droit absolu sur son œuvre, un droit qui s'impose au respect de tous. Sans doute la protection que

---

(1) Cour de Rouen, 12 février 1874. *J. Clunet*, 1875, p. 113.
(2) Lyon-Caen et Cahen, p. 74, nº XXXI.

la loi française lui garantit ne peut être invoquée hors des limites de la France, mais ce n'est que parce que là expirent les effets de la souveraineté française ; le droit du breveté n'existe pas moins aux yeux de la loi, complet, intact. Il est donc juste, rationnel, que le breveté soit protégé d'une façon absolue sur toute l'étendue du territoire français. Il ne le serait pas, si des marchandises fabriquées au mépris de son droit, momentanément situées en France, échappaient à ses poursuites.

La solution que nous proposons paraît contradictoire avec celle que nous avons donnée en étudiant l'art. 32 (1).

Nous avions en effet considéré l'introduction en transit, faite par le breveté, d'objets provenant de l'étranger et semblables à ceux décrits au brevet, comme n'entraînant pas déchéance. Mais alors la question à envisager était celle-ci : L'industrie nationale a-t-elle à souffrir de l'introduction de produits fabriqués à l'étranger qui ne doivent que traverser le territoire français sans pouvoir y être arrêtés et livrés sur le marché ? Et nous avons répondu : Non.

Ici, nous avons à nous demander si l'introduction en transit de contrefaçons étrangères est de nature à porter préjudice au breveté.

Nous estimons que oui, et nous croyons devoir lui appliquer l'art. 41.

La dernière jurisprudence est en notre sens (2).

---

(1) Lyon-Caen, cité par Pouillet, p. 593.

(2) Cour de Rouen, 12 fév. 1874. — *Journ. Clunet,* 1875, p. 113. — Cour de Paris, 14 juillet 1854. — Trib. civil. Seine, 20 nov. 1850. — Huard et Pelletier, n° 54, p. 624. — Bozerian, *propriété ind.*, n° 172. — Blanc, p. 351.



(b). *Procédure en matière de contrefaçon.*

En face d'une contrefaçon le premier soin du titulaire d'un brevet doit être de s'en assurer la preuve, au moyen soit d'une saisie-description, soit d'une simple description pratiquée en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de 1re instance par un huissier auquel peut être adjoint un expert pour la description (Art. 47, 48, 49).

A la suite de la saisie ou de la description, dans un délai de huit jours, le breveté fera porter sa demande en dommages-intérêts et en confiscation des objets contrefaits soit devant le Tribunal civil, soit devant le Tribunal correctionnel à son choix (art. 48). Le ministère public, agissant sur la plainte du breveté, pourra ensuite requérir contre le contrefacteur le paiement d'une amende (art.40) ou même un emprisonnement de un mois à six mois, dans les cas prévus par l'art. 43.

Remarquons que pour le délit de fabrication et d'usage, la bonne foi du contrefacteur est indifférente et ne saurait lui éviter une condamnation, tandis que pour les cas de vente, exposition, recel, introduction, prévus par l'article 41, il n'y a délit que si le poursuivi a agi sciemment. Sinon il doit être acquitté. Cependant la confiscation des objets vendus, introduits ou recelés devra être ordonnée. L'article 49 est formel sur ce point. Il a été ainsi jugé pour une introduction de produits contrefaits pratiquée de bonne foi (1).

(4) Critique générale de la procédure adoptée par la loi du 3 juillet 1844.

En définitive, les contestations en matière de brevet peuvent être, selon leur nature, de la compétence des tribunaux civils ou correctionnels.

---

(1) Cour de Paris, 11 juin 1876. — *Journal Clunet*, 1885, p. 284.

1° Les actions en nullité ou déchéance sont toujours attribuées aux tribunaux civils; il en est de même des actions en revendication de brevets.

2° Les actions en contrefaçon peuvent être intentées soit devant les tribunaux correctionnels soit devant les tribunaux civils.

Il paraît contraire à la raison et à la justice d'attribuer aux tribunaux correctionnels, c'est-à-dire à une juridiction répressive, devant laquelle il y a quelque flétrissure à comparaître, la connaissance des poursuites en contrefaçon. Il semble qu'on ait eu tort de faire de la contrefaçon un délit, alors qu'elle est punie, même en cas de bonne foi de celui qui l'a commise. Il est un autre danger : c'est que le tribunal correctionnel, étant appelé à juger des moyens de défense tirés de la nullité ou de la déchéance du brevet, il y a lieu de craindre que, chargé d'appliquer une peine, il n'admette trop facilement la déchéance du droit du breveté.

Les juges correctionnels, en outre, dans l'appréciation d'un brevet, ne se résoudront que difficilement à recourir à des expertises qu'ils considèreront comme des moyens de procédure trop lents pour la juridiction où ils siègent. Ils préféreront statuer d'après leurs seules lumières et par suite commettront plus d'une erreur.

La nullité ou la déchéance admise comme exception n'a, il est vrai, qu'une autorité restreinte à la cause même où elle aura été invoquée, mais ne peut-elle pas être une sorte de préjugé qui influera sur la décision d'un tribunal civil, saisi postérieurement d'une action en nullité ou en déchéance absolue ou relative (1)?

La loi belge du 24 mai 1854, article 5, a été mieux inspirée, en attribuant aux tribunaux civils la connaissance des actions en contrefaçon.

(1) Lyon-Caen et Cahen, p. 71 et 73.

Les tribunaux civils eux-mêmes ne présentent pas toutes les garanties d'une bonne appréciation des nullités ou déchéances de brevets. Les magistrats qui les composent, pour être des jurisconsultes, ne sont pas des techniciens : comme l'examen d'un brevet fait naître une foule de questions scientifiques, ils doivent recourir à des expertises.

Il eût été préférable de donner compétence pour les actions en nullité et déchéance à un tribunal composé de magistrats et de techniciens comme le Patentammt organisé par la loi allemande du 25 mai 1877, ou les jurys industriels devant lesquels, d'après la loi espagnole du 30 juillet 1878, doivent être portées toutes les actions civiles ou criminelles, relatives aux brevets d'invention.

On peut critiquer enfin la multiplicité des tribunaux qui peuvent connaître des nullités ou déchéances. La compétence d'un seul tribunal siégeant à Paris, c'est-à-dire là où se trouvent tous les moyens d'instruction, les brevets en cours, ceux expirés, les hommes pouvant éclairer la justice par leur savoir et leur expérience eût présenté plus d'avantages.

C'est ainsi que le Patentammt siège à Berlin et se trouve chargé à la fois des délivrances et des déclarations de nullité ou de déchéance des brevets d'invention (1).

§ II. *Droits des étrangers.*

Etant donnée une action relative à un brevet nous envisagerons trois hypothèses.

Nous supposerons que la contestation s'élève :

1° Entre un demandeur étranger et un défendeur français ;

(1) D'après la loi norwégienne du 16 juin 1885, un tribunal unique, celui de Christiania, connait des nullités et déchéances de brevets d'invention (art. 28). *Annuaire de législ. comp.*, 1886, p. 508.



2° Entre un défendeur étranger et un demandeur français;

3° Entre un défendeur et un demandeur l'un et l'autre étrangers.

(1) Étranger demandeur.

Un étranger peut, sans être tenu de résider en France ou d'y constituer un représentant, y intenter toute action en nullité, déchéance, revendication de brevet ou toute poursuite en contrefaçon.

La loi allemande du 25 mai 1877 fait une distinction. Aux termes de l'article 12, pour l'obtention d'un brevet ou l'exercice des actions civiles qui en découlent, il est nécessaire de résider en Allemagne ou d'y avoir un fondé de pouvoir : au contraire, pour les actions purement pénales qui peuvent naître de la violation du brevet obtenu, aucune condition de résidence n'est requise et il n'est pas besoin de représentant. C'est ainsi que le Tribunal de l'Empire a décidé, le 24 mars 1882, que, bien qu'un breveté non résidant en Allemagne et n'y ayant pas de représentant, ne puisse réclamer d'un contrefacteur des dommages-intérêts par les voies civiles, il serait néanmoins admis à poursuivre l'allocation d'une composition. D'après le droit allemand, en effet, la composition, indemnité d'une nature particulière, ne correspondant pas nécessairement à l'importance du préjudice causé, mais ne pouvant dépasser un maximum qui, en matière de brevet est de 10,000 marcks, peut être réclamée devant les tribunaux répressifs concurremment à l'action publique (1).

---

(1) *Journal Clunet*, 1883, p. 302.

(a) *Caution de l'article 47, loi du 5 juillet 1844.*

La loi du 5 juillet 1844 contient cependant une disposition particulière touchant l'étranger : aux termes de l'article 47, tandis que le Français saisissant ne doit fournir caution que s'il en est ainsi ordonné par le Président du Tribunal, un cautionnement est toujours exigé de l'étranger en cas de saisie pratiquée par lui, et cela à peine de nullité de la saisie (1).

La disposition de l'article 47 est due à M. Boudet, qui l'a fait introduire dans la loi, dans la séance du 17 avril 1844. M. Boudet faisait valoir que, de même que la caution *judicatum solvi* pourrait être imposée à l'étranger demandeur dans une instance, afin d'empêcher des poursuites injustes, il était équitable d'exiger un cautionnement de tout étranger saisissant et en sa seule qualité, afin que l'ordonnance du Président du Tribunal ne fût jamais accusée de faveurs ou de rigueurs particulières. Une saisie, en effet, peut être faite à tort et par pure vexation, et présente plus de danger qu'une action, parce qu'elle est de nature à être pratiquée à la fois sur un grand nombre de personnes. M. Cunin-Gridaine, en réponse à M. Boudet, ajoutait : c'est la loi! (2).

Des motifs exposés par M. Boudet, du mot de M. Cunin-Gridaine, on est en droit de conclure qu'il y a assimilation à faire, entre la caution *judicatum solvi* et celle de l'article 47. L'une et l'autre tendent au même but : empêcher des poursuites vexatoires de la part d'une personne qui, n'ayant ni bien ni attache en France, peut par une

---

(1) Tribunal civil, Seine, 3 mai 1855. — Cour de Paris, 22 janvier 1864. — Huard et Pelletier, p. 688, nos 22 à 24.

(2) Renouard : nos 96, 97, p. 318-322.

fuite, « qui n'est pas pour elle un exil » (1) se mettre à l'abri des conséquences de ses actes.

Sans doute, il est entre la caution *judicatum solvi* et celle de l'article 47 des différences. L'une est fixée par le tribunal civil tout entier, l'autre par le Président du tribunal seul. La première n'est fournie que si le défendeur l'exige; la deuxième est imposée sans que le saisi ait à manifester sa volonté. Mais cela tient à ce que la caution de l'article 47 est donnée avant toute poursuite, alors que le futur saisi ignore complètement le sort qui l'attend et le nom du saisissant; tandis que la caution *judicatum solvi* suppose qu'une contestation est engagée, que le défendeur connaît son adversaire, sait quelle confiance il peut avoir en la solvabilité de ce dernier et est à même, par suite, de renoncer s'il le juge à propos, à la garantie que la loi lui offre.

De la ressemblance entre la caution *judicatum solvi* et celle de l'article 47, il résulte que si un étranger a en France un domicile autorisé, comme aux termes de l'article 13, C. C., il a la jouissance de tous les droits civils, il sera dispensé de la caution *judicatum solvi,* et mis, quant à celle de l'article 47, sur le même pied que le Français : c'est-à-dire que le Président du tribunal pourra à son gré la lui imposer ou non.

Nous croyons donc qu'on ne saurait se prévaloir de la généralité des termes de l'art. 47 pour l'étendre, même au cas où l'étranger saisissant a en France un domicile autorisé. Pour nous, l'art. 47 n'a pas entendu déroger au droit commun, en tant qu'il fixe la condition des étrangers en France tel qu'il est contenu dans les art. 13 et 11 C. C. (2).

---

(1) Garsonnet : *Traité théorique et pratique de procédure,* t. II, nº 386, nº CCCI.
(2) Pouillet, nº 776. Nouguier, nº 858. — *Contrà,* Renouard, nº 97.

Nous déciderons aussi que les traités d'où résulte la suppression de la caution *judicatum solvi*, traités qui ont été passés avec un grand nombre d'Etats, auront également pour effet d'assimiler les étrangers qui en bénéficient aux Français quant à la caution de l'art. 47. Ces traités ont pour but de donner : « libre et facile accès auprès des tribunaux de justice de chaque pays contractant, aux nationaux de l'autre (1), » et nul doute qu'imposer dans tous les cas, la caution de l'art. 47 à l'étranger saisissant, c'est entraver ses poursuites en contrefaçon, la saisie lui procurant la preuve de la violation de son droit.

Remarquons cependant que si on procède à une simple description au lieu d'une saisie, il n'est dû de caution ni du Français ni de l'étranger demandeur.

(b) *L'étranger demandeur doit-il en principe la caution* judicatum solvi ?

Si nous supposons une action en contrefaçon après simple description ou une action en nullité, déchéance, revendication de brevet intentée par un étranger, qui ne bénéficie ni de l'art. 11 ni de l'art. 13 du C. com., pourra-t-on exiger de lui la caution *judicatum solvi?*

L'art. 16 C. civil dit qu'en toutes matières, autres que celles du commerce, l'étranger qui sera demandeur sera tenu de donner caution pour le paiement des frais et des dommages-intérêts résultant du procès. Les termes si généraux de l'art. 16 semblent comprendre même les actions nées d'un brevet, qu'elles soient, du reste, civiles ou correctionnelles, l'art. 16 s'appliquant d'après l'avis unanime, même en matière criminelle. C'est à tort qu'on soutiendrait que la matière est commerciale.

---

(1) Convention du 11 avril 1857, avec le Nicaragua, art. 11.

Il est vrai que dans la séance du 17 avril, M. Dupin, rapporteur, répondant à M. Boudet, l'a dit formellement; il est incontestable en outre, que le plus souvent l'exploitation d'un brevet donnera au breveté la qualité de commerçant (1) mais, au sens juridique du mot, il n'y a de commerciales que les causes qui sont de la compétence des tribunaux de commerce et nous savons que les actions en nullité, déchéance, revendication, contrefaçon, doivent être portées devant les tribunaux civils ou correctionnels (2).

Cependant certains auteurs (3) donnant au mot engagement contenu dans l'article 631 C. de commerce un sens large, y faisant entrer même les obligations nées d'un délit ou d'un quasi-délit, commis par un commerçant, et d'autre part, considérant les tribunaux de commerce comme des tribunaux civils, leur attribuent compétence dans les poursuites en contrefaçon intentées contre un négociant ou un industriel. En acceptant leur opinion, il faut admettre que le demandeur en contrefaçon devant un tribunal de commerce est dispensé, bien qu'étranger, de la caution *judicatum solvi;* on se trouvera, en effet, dans l'exception prévue par l'article 16 (4).

Pour nous, nous refuserions dans tous les cas, aux tribunaux de commerce, la connaissance des actions en contrefaçon; bien que le Code de commerce (art. 631 et 632, C. C.) paraît considérer comme commerciales les obligations entre commerçants nées de délits, ou quasi-délits, pourvu qu'ils se rattachent au commerce, il nous paraît résulter des articles 45, 46, 48, de la loi du 5 juillet 1844 que le tribunaux correctionnels ou les tribunaux civils de

(1) Argument, art. 1 et 632, C. com.

(2) Nouguier, n. 908. — Pouillet, 827, p. 684.

(3) Renouard, n° 218. — Dalloz, n° 330.

(4) *Contrà,* 3 août 1872, C. de Grenoble. — Huard et Pelletier, p. 662, n. 50.

première instance ont seuls compétence en matière de contrefaçon; il n'est pas probable, en effet, que la loi qui a réservé par l'article 34 au tribunal civil de première instance les actions en nullité, déchéance, donne aux mots : « par voie civile » contenus dans l'article 46, un sens plus large, comprenant même la poursuite devant le tribunal de commerce; du reste, ainsi que le fait remarquer M. Pataille, comme la loi de 1844 (art. 46), n'attribue qu'aux tribunaux correctionnels, le droit de statuer par voie d'exception sur les déchéances, nullité ou propriété de brevet, il s'ensuivrait que si une juridiction commerciale était saisie d'une action en contrefaçon, elle devrait se déclarer incompétente dès l'instant où le poursuivi invoquerait un moyen de défense tiré de la nullité ou déchéance du droit du demandeur (1).

(c) *Cumul de la caution de l'article 47 et de la caution* judicatum solvi.

Si un étranger demandeur a déjà fait procéder à une saisie, nécessairement accompagnée de la caution de l'article 47, devra-t-il en outre la caution *judicatum solvi?* Il semble que non. La caution de l'art. 16 C. civ. et celle de l'art. 47, loi du 5 juillet 1844, étant de même nature et tendant au même but, paraissent ne pouvoir se cumuler. Mais si on réfléchit que la caution *judicatum solvi* est fixée par le tribunal entier, après un débat contradictoire entre les parties, qui a dû faire connaître, dans une certaine mesure, les faits de la cause, tandis que la caution de l'art. 47 est ordonnée et fixée, quant à son chiffre, par le président du tribunal seul, on comprend que cette dernière puisse ne pas présenter autant de garantie dans sa détermination que la caution de l'art. 14 C. civ.

---

(1) Pataille, 65, 54, cité par Pouillet, n. 827.

On est donc en droit de décider que le tribunal saisi d'une action en contrefaçon peut, même après qu'une caution aurait été fournie par l'étranger poursuivant aux termes de l'art. 47, exiger de lui la caution *judicatum solvi* afin de corriger l'insuffisance possible de la première (1).

2me HYPOTHÈSE : *Étranger défendeur*. — L'étranger peut être poursuivi en France, en contrefaçon, ou être actionné en déchéance, nullité, revendication de brevet. Cela est indéniable s'il y a un domicile autorisé ou non, c'est l'application pure et simple de la règle *actor sequitur forum rei* (art. 59, P. C.).

Mais si l'étranger n'est pas domicilié en France, l'article 14 C. C. décide qu'il pourra être actionné devant les tribunaux français, pour toute obligation contractée envers un Français, en quelque lieu que ce soit, et, d'après l'opinion généralement admise, de quelque source, contrat, quasi contrat, délit, quasi-délit, que provienne l'obligation. — L'article 14 s'applique certainement aux actions nées d'un brevet, qu'elles soient en déchéance, nullité, revendication ou contrefaçon. Bien plus, alors que la disposition de l'article 14 est en général critiquable, comme étant un reste de l'ancienne rigueur contre les étrangers, et de la méfiance exagérée qu'on avait à l'égard des juridictions étrangères, elle se justifie pleinement dans les contestations soulevées à l'occasion d'un brevet.

Elles font naître, en effet, des questions qui, intéressant la souveraineté nationale, ne peuvent être attribuées à d'autres tribunaux qu'aux tribunaux français. Aussi estimons-nous que la convention franco-suisse, du 15 juin 1869 qui, pour les actions civiles ou commerciales, personnelles

---

(1) Pouillet, n° 939. — Dalloz : *Brevets d'invention*, n° 243. — *Contrà*, Renouard, n° 98.

ou mobilières, établit une dérogation à l'article 14 C. C. dans les rapports des Français et des Suisses, et décide que l'action sera portée devant le tribunal du domicile du défendeur, ne peut, malgré ses termes généraux, s'appliquer aux actions en nullité ou déchéance ou revendication de brevets français ou en contrefaçon de produits ou procédés brevetés en France, alors même qu'elles seraient dirigées contre des Suisses domiciliés dans leur pays. On comprend, du reste, qu'il serait irrationnel de porter devant les tribunaux suisses des demandes nées d'un brevet, alors que la législature helvétique n'a pas encore organisé de brevets d'invention.

(a) *Tribunal compétent quand le défendeur n'est pas domicilié en France.*

Quand le défendeur non domicilié en France est poursuivi devant un tribunal français, quel est celui qui sera compétent?

S'agit-il d'une poursuite correctionnelle en contrefaçon, on appliquera l'article 63 C. I. C., c'est-à-dire que le demandeur pourra à son choix actionner l'étranger soit devant le tribunal du lieu du délit, soit devant celui de la résidence du poursuivi, soit enfin, devant le Tribunal de l'endroit où le délinquant est trouvé. — Est-ce une action civile en contrefaçon ou une action en revendication, nullité, déchéance de brevets? Si le défendeur étranger réside en France, ce sera (art. 59, P. C.) le tribunal de sa résidence qui sera compétent. S'il n'a pas de résidence en France, nous ferions une distinction. Pour les actions civiles en contrefaçon ou celles en nullité ou déchéance intentées contre le ou les seuls cessionnaires du brevet, nous admettrons la connaissance de n'importe quel tribunal français, au choix du demandeur, ou mieux

de celui de son domicile, afin d'éviter le déplacement des deux parties (1). Pour les actions en revendication, en nullité et déchéance, contre un breveté étranger ou contre ce dernier et des cessionnaires français et étrangers, la demande devant être alors portée devant le domicile du breveté (art. 35), nous considérerions comme compétent le tribunal du domicile élu dans la demande du brevet, conformément à l'article 5 (loi du 5 juillet 1844).

Cette élection de domicile n'a, il est vrai, quand elle provient d'un breveté déjà domicilié en France, qu'un but : faciliter les relations de l'administration et du breveté; mais nous croyons, dans l'hypothèse que nous envisageons, que ce domicile élu a un effet plus puissant et détermine la compétence du tribunal du lieu d'élection ; car c'est là seul peut-être que l'étranger breveté conservera en France des relations qui lui faciliteront la poursuite de l'instance.

Il semble, du reste, que la jurisprudence voie, quand il s'agit d'une action en nullité contre un breveté étranger dans le domicile élu, conformément à l'article 5, loi du 5 juillet 1844, une véritable élection de domicile dans les termes de l'article 111 C. c.; il en résulterait que toute signification, poursuite, demande relative à un brevet devrait être faite au domicile élu et devant le juge de ce domicile (2).

3e HYPOTHÈSE : *Demandeur et défendeur étranger.* — Il est de principe en jurisprudence que les tribunaux français peuvent se déclarer incompétents pour connaître des questions d'état et des actions personnelles ou mobilières où ne se trouvent en présence que des étrangers dont

(1) Les assignations s'effectueraient, conformément à l'article 69, n° 9, C. P. C., c'est-à-dire par voie diplomatique par l'intermédiaire des parquets.

(2) Tribunal civil, Seine, 26 juillet 1879. *J. Clunet,* 1880, p. 100-101.

aucun n'a en France un domicile autorisé, on ne peut invoquer la réciprocité diplomatique conformément à l'article 11 (1).

Cette solution quelque discutable qu'elle soit est consacrée par une suite de décisions de justice (Garsonnet, *loc. cit.* t. I, p. 646 et 647, note 16).

Dans toutes les contestations nées d'un brevet, au contraire, les tribunaux francais sont compétents, quand bien même demandeur et défendeur seraient étrangers. On ne peut le mettre en doute quand l'une des parties a en France un domicile autorisé; car si c'est le défendeur, il peut se prévaloir du principe *actor sequitur forum rei,* si c'est le demandeur il bénéficie de l'art. 13, C. C. Mais il en est de même en dehors de ces cas : la jurisprudence est formelle en ce sens (2).

Pour les poursuites en contrefaçon, en effet, comme elles proviennent d'un délit commis sur le territoire français, de la violation d'une loi d'ordre public, les tribunaux français sont certainement compétents, quelle que soit la nationalité des parties (3).

Quant aux actions en nullité, déchéance, revendication de brevets, la solution est la même. La délivrance d'un brevet est, en effet, un acte de souveraineté, qui ne peut être livré à l'appréciation d'un tribunal étranger.

(1) Nous rappellerons cependant que les tribunaux français se déclarent compétents dans les contestations entre étrangers, non seulement pour toutes les actions réelles immobilières à l'occasion d'immeubles situés en France, mais aussi en matière commerciale, ou quand il s'agit de prononcer sur la réparation du dommage causé par un délit ou un quasi-délit commis sur le territoire français par un étranger à l'égard d'un autre étranger, ou enfin quand ils sont appelés à veiller à des lois d'ordre public auxquelles personne ne peut en France se soustraire. (Garsonnet, t. I, p. 645-646.)

(2) Huard et Pelletier, p. 509, n° 63. — Trib. civil Seine, 26 juillet 1879. — *Journ. Clunet,* 1880, p. 100.

(3) Garsonnet, p. 645, n° 3. — Aubry et Rau, tome VIII, p. 146. — Félix et Demangeat, t. I, n° 162.



Il y aurait, d'autre part, lieu de craindre que des juges étrangers soient peu disposés à trancher, avec l'impartialité voulue, des questions de nullité ou de déchéance établies, comme celles de l'article 32, p. 2 et 3, dans un intérêt purement national. La loi du 5 juillet 1844, en outre, ordonne que toute demande en nullité ou déchéance soit communiquée au ministère public, pour que celui-ci provoque, s'il le juge à propos, une déclaration de nullité absolue ; cette communication serait manifestement impossible, si c'était une juridiction étrangère qui se trouvait saisie. Rappelons enfin que la jurisprudence paraît considérer l'élection de domicile faite conformément à l'article 5, dans une demande de brevet émanant d'un étranger non domicilié en France, comme un véritable domicile élu, dans les termes de l'article 111 C. civ.; et que, par suite, elle décide que c'est devant le tribunal du domicile élu que doivent être intentées, contre le breveté étranger, toutes actions en nullité, déchéance et revendication (1).

Les mêmes motifs qui ont fait admettre la compétence des tribunaux français, pour toute action née d'un brevet français, nous paraissent de telle nature que nous estimons cette compétence d'ordre public : de telle sorte, qu'une juridiction étrangère ne pourrait valablement se prononcer sur un brevet français; sa décision serait en France considérée comme nulle et non avenue; aussi quelqu'opinion qu'on adopte sur l'autorité des jugements étrangers, les juges français seraient tenus, avant de donner l'*exequatur* à une telle décision, de reprendre l'instance au fond et de substituer au besoin leur sentence à celle des magistrats étrangers.

---

(1) Tribunal civil Seine, 3e chambre, 26 juillet 1879. *Journal Clunet*, 1880, p. 100.

Nous déciderions aussi que l'article 2 du traité franco-suisse du 15 juin 1869, aux termes duquel les tribunaux français ne sont compétents pour statuer sur une contestation entre deux ou plusieurs Suisses, en matière personnelle ou mobilière, que si toutes les parties sont domiciliées en France ou y possèdent un établissement commercial, est sans application aux actions nées d'un brevet. L'article 2 ne les visant pas spécialement et s'exprimant en termes généraux, ne saurait apporter dérogation au principe d'ordre public, en vertu duquel la connaissance d'un acte de souveraineté d'un état est réservée aux juridictions de cet état (1).

Réciproquement, par respect pour une souveraineté étrangère, nous déciderions que les tribunaux français devraient se déclarer incompétents toutes les fois qu'ils se trouveraient saisis par des Français ou des étrangers d'une action en nullité, déchéance ou revendication d'un brevet étranger ou d'une poursuite en contrefaçon fondées sur un pareil titre. Cette incompétence étant d'ordre public pourrait être invoquée en tout état de cause par les parties, le tribunal saisi devrait la déclarer d'office et le ministère public serait tenu d'y conclure (2).

(b) *L'étranger défendeur peut-il exiger la caution* judicatum solvi *ou celle de l'article 47, d'un demandeur ou d'un saisissant étranger?*

En supposant une contestation entre étrangers non domiciliés en France soulevée à l'occasion d'un brevet et pendante devant une juridiction française, le demandeur est-il tenu, si le défendeur le requiert, de fournir la caution *judicatum solvi ?*

(1) *Contrà,* Cour de Paris, 3 juillet 1870. — Huard et Pelletier, p. 538, n° 62.
(2) Garsonnet : tome Ier, p. 638.

S'il agit en contrefaçon et qu'il ait procédé à une saisie préalable a-t-il dû fournir la caution de l'article 47 ?

Nous le croyons. L'article 47 ne fait aucune exception pour le cas où le saisi est lui aussi étranger et l'intérêt du commerce exige qu'il ne soit pas procédé même sur un étranger à une saisie vexatoire de nature à entraver injustement les transactions. Quant à la caution *judicatum solvi*, bien que la jurisprudence décide qu'elle n'est due qu'à l'égard du défendeur français, nous estimons que le défendeur étranger peut aussi l'exiger. Dans l'ancien droit (la matière est toute traditionnelle), il en était ainsi et ensuite, du moment qu'en matière de brevet la compétence des tribunaux français est imposée au défendeur malgré son extranéité, il est juste de l'autoriser à se garantir contre l'insolvabilité d'un adversaire qui l'aurait témérairement poursuivi (1).

(c) *Compétence* ratione personæ.

Pour la détermination des tribunaux compétents *ratione personæ*, nous suivrons les mêmes règles que celles que nous avons établies au cours de notre seconde hypothèse.

En cas d'action correctionnelle en contrefaçon, la compétence sera donc fixée par l'art 63 C.I.C.; pour les actions en nullité ou déchéance contre les concessionnaires, ce sera le tribunal de la résidence du défendeur qui sera compétent, et si le défendeur n'a pas de résidence en France celui que choisira le demandeur, enfin pour les actions en revendication ou nullité contre le breveté lui-même, le tribunal qui devra être saisi sera celui du domicile élu dans la demande du brevet.

---

(1) F. Despagnet, *loc. cit.*, no 219, p. 222. *Contrà* Pouillet, n° 333, 31 mars 1875. — Trib. civil Seine, no 263, p. 529. Huard et Pelletier.

CHAPITRE II

DROIT CONVENTIONNEL

SECTION I

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Nous avons déterminé la condition générale des étrangers dans notre législation sur les brevets d'invention et l'influence, sur ses dispositions, des relations internationales. C'est le droit commun français qui a fait jusqu'à présent l'objet de notre étude : reste à examiner le droit spécial, particulier résultant des traités et à exposer les modifications qu'ont fait subir à notre loi du 5 juillet 1844 les conventions passées avec les États étrangers.

C'est ainsi que notre travail se rattache encore au droit international privé. Les traités en constituent, en effet, les sources les plus abondantes, car, bien que le droit international existe par lui-même en tant que règles de raison, sans avoir besoin d'être constaté par une coutume ou un texte, il ne se manifeste guère comme droit positif que dans les contrats internationaux qui doivent être inspirés de ses principes.

Avant la convention du 20 mars 1883 nous ne pouvons citer qu'un traité relatif aux brevets d'invention, celui passé entre l'Allemagne et l'Autriche-Hongrie (1).

Cette absence de conventions diplomatiques s'explique par le libéralisme de presque toutes les législations modernes qui accordent les mêmes droits à tout inventeur

---

(1) Auger : De la protection internationale des inventions brevetées (thèse de Paris) p. 11.

sans distinction de nationalité et par la nécessité imposée à l'auteur d'une découverte industrielle de prendre un brevet partout où il veut être protégé.

D'une part, en effet, il serait sans utilité de stipuler par traité des avantages que tous les États reconnaissent, de plein droit, aux étrangers, et, d'autre part, un pays ne saurait, sans abdiquer sa souveraineté, reconnaître, même à la suite d'une convention internationale, l'effet sur son propre territoire d'un brevet délivré par une puissance étrangère.

Cependant en notre matière les traités peuvent être d'une grande importance, comme nous le verrons en étudiant la convention du 20 mars 1883.

SECTION II

CONVENTION DU 20 MARS 1883.

§ 1. *Historique.*

La première idée d'une convention internationale en matière de propriété industrielle remonte à 1873. Elle fut émise dans un congrès réuni à Vienne où se tenait alors une exposition universelle, du reste il ne lui fut pas donné suite (1).

Lors de l'Exposition de Paris de 1878, un arrêté du ministre du commerce, en date du 12 mai 1878, constitua un congrès international de la propriété industrielle qui se réunit à Paris le 17 septembre 1878 et dans lequel presque toutes les nations étaient représentées par 107 avocats, jurisconsultes, publicistes; 73 ingénieurs ou solliciteurs de brevets, 304 négociants ou industriels de France, d'Europe ou de pays d'Outre-Mer (2).

(1) *Journal Clunet,* 1880, p. 628.
(2) Bozérian. La Convention du 20 mars 1883, p. 6.

Parmi les résolutions qui furent votées, on décida de constituer une commission permanente chargée, à la demande de M. Clunet, de prier l'un des gouvernements représentés au congrès de réunir une conférence officielle à l'effet de déterminer une législation uniforme en matière de propriété industrielle.

Ce fut à la section française de la commission permanente qu'incomba cette mission. Elle se rendit auprès du Ministre du commerce qui, avant d'adresser aucune invitation aux puissances étrangères la chargea de rédiger un projet sur lequel, tout d'abord, il fût possible de discuter. La section française travailla donc à la rédaction de ce projet; il fut discuté dans le sein de la commission, adopté par elle et présenté au ministre. Ce dernier obtint de 17 puissances leur participation à une conférence officielle qui se tint à Paris du 4 au 20 novembre 1880 et dont les travaux occupèrent 11 séances.

Un projet de convention auquel celui de la commission permanente servit de base, fut adopté ainsi qu'un protocole de clôture et le 20 mars 1883, sur 19 états présents à une nouvelle réunion tenue à Paris, 11 déclarèrent y adhérer. Ce furent, outre la France, la Belgique, le Brésil, l'Espagne, le Guatemala, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, le Salvador, la Serbie, la Suisse; depuis la Turquie, la République de l'Equateur, la République de Saint-Domingue, la Grande-Bretagne, la Suède et la Norwège ont aussi donné leur adhésion. Il est vrai que l'Equateur n'a pas tardé à dénoncer la convention de 1883 (1). Mais en revanche, par une note adressée à la légation de Suisse à Washington, le gouvernement des Etats-Unis a déclaré accéder à l'Union pour la protection de la propriété indus-

(1) *Journal Clunet*, 1886. p. 257.

trielle, la date officielle de l'accession de cette dernière puissance a été fixée au 30 mai 1887 (1).

La Convention du 20 mars 1883 est entrée en vigueur le 7 juillet 1884.

Il est dit dans l'article 14 de la Convention qu'elle sera soumise à des révisions périodiques, dans de nouvelles conférences tenues à cet objet. La prochaine devait avoir lieu à Rome en 1885; elle fut renvoyée en 1886 et tenue du 29 avril au 11 mai de cette même année. Elle aboutit à l'adjonction d'un paragraphe à l'article 5 et de deux à l'article 10 : de plus, à la demande de la section italienne du bureau de la propriété industrielle, fut arrêté un règlement pour l'exécution de la Convention afin de la rendre uniforme dans tous les pays contractants.

En définitive, nous nous trouvons en présence de trois textes : une convention conclue le 20 mars 1883, un protocole de clôture adopté à la même époque et un règlement d'exécution rédigé à Rome en 1886 (2).

§ 2. *Dispositions de la Convention du 20 mars 1883.*

La Convention du 20 mars 1883 embrasse l'ensemble de la propriété industrielle : brevets d'invention, marques de commerce ou de fabrique, modèles et dessins de fabrique, nom commercial.

Les Etats contractants déclarent se constituer en état

(1) *Journal Clunet*, 1887, p. 249. — *Bulletin officiel de la propriété industrielle*, 1887, p. 297.

(2) Les modifications votées à la conférence de Rome devaient être soumises à l'approbation du Parlement dans un délai d'un an. Le 11 mai 1887, ce délai était expiré et les Chambres n'avaient été saisies d'aucune demande de ratification. M. Donzel en conclut que cette Convention additionnelle que l'on prétendait de nature à donner satisfaction aux Chambres de commerce françaises s'est éteinte sans bruit (*Journal des Chambres de commerce*, 1887, p. 148).



d'union pour la protection de la propriété industrielle. Cette union n'est pas fermée, car (art. 16) les Etats qui n'ont pas pris part à la Convention sont ádmis, sur leur demande, à y adhérer. Il suffit de notifier cette adhésion, par voie diplomatique, au gouvernement suisse.

Les parties contractantes demeurent libres de prendre séparément entre elles des arrangements particuliers pour la protection de la propriété industrielle « en tant que ces arrangements ne contreviendraient pas aux dispositions de la présente convention ».

Les pays de l'Union s'engagent à entretenir, à frais commun, un office international, sous le titre de Bureau international de l'Union pour la protection de la propriété industrielle, bureau siégeant à Berne, et dont les fonctions, fixées par le protocole de clôture et le règlement d'exécution voté à Rome, consistent principalement à centraliser tous les renseignements relatifs à la protection de la propriété industrielle, à les réunir en une statistique générale, à fournir soit aux gouvernements, soit aux inventeurs les renseignements spéciaux dont ils pourraient avoir besoin et, enfin, à rédiger une feuille périodique, en langue française, sur les questions concernant l'objet de l'Union (1).

D'après le règlement de 1886, avant la fin du premier semestre de chaque année, les administrations de l'Union doivent transmettre au bureau international les indications statistiques suivantes : 1° nombre des brevets demandés ; 2° nombre des brevets délivrés ; 3° sommes perçues de ce chef. La même prescription existe pour les dessins et modèles industriels et les marques de fabriques et de commerce.

---

(1) Cette feuille porte le titre suivant : *La Propriété industrielle*, organe officiel du bureau international de l'Union pour la protection de la propriété industrielle. Elle a commencé à paraître au mois de janvier 1885. Bozérian, *loc. cit.*, p. 25.



Ajoutons encore qu'aux termes de l'article 14 la convention sera soumise à des révisions périodiques, en vue d'y introduire les améliorations de nature à perfectionner le système de l'Union, et que l'article 18 décide que la convention demeurera en vigueur pendant un temps indéterminé, jusqu'à l'expiration d'une année à partir du jour où la dénonciation en sera faite au moyen d'une notification au gouvernement chargé de recevoir les adhésions. La dénonciation ne doit, du reste, produire effet qu'à l'égard de l'Etat qui l'aura faite, la convention restant exécutoire pour les autres parties contractantes.

Nous laisserons de côté tout ce qui est relatif aux marques de fabrique, au nom commercial, aux dessins et modèles industriels pour ne nous en tenir qu'aux dispositions visant les brevets d'invention.

Nous en donnons le texte.

Art. 2. — Les sujets ou citoyens des Etats contractants jouiront, dans tous les autres Etats de l'Union, en ce qui concerne les brevets d'invention, les dessins et modèles industriels, etc., des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux. En conséquence, ils auront la même protection que ceux-ci et le même recours légal contre toute atteinte portée à leurs droits, sous réserve de l'accomplissement des formalités et des conditions imposées aux nationaux par la législation intérieure de chaque Etat.

Art. 3. — Sont assimilés aux sujets ou aux citoyens des Etats contractants, les sujets ou citoyens ne faisant pas partie de l'Union qui sont domiciliés ou ont des établissements industriels et commerciaux sur le territoire de l'un des Etats de l'Union.

Art. 4. — Celui qui aura fait régulièrement le dépôt d'une demande de brevet d'invention, d'un dessin ou modèle industriel, d'une marque de fabrique ou de com-

merce dans l'un de Etats contractants jouira, pour effectuer le dépôt dans les autres Etats et sous réserve des droits des tiers, d'un droit de priorité pendant les délais déterminés ci-après.

En conséquence, le dépôt ultérieurement opéré dans l'un des Etats de l'Union avant l'expiration de ces délais ne pourra être invalidé pour des faits accomplis dans l'intervalle, soit notamment par un autre dépôt, par la publication de l'invention ou son exploitation par un tiers, par la mise en vente d'exemplaires du dessin ou du modèle, par l'emploi de la marque.

Les délais de priorité mentionnés ci-dessus seront de six mois pour les brevets d'invention et de trois mois pour les dessins et modèles industriels ainsi que pour les marques de fabrique ou de commerce. Ils seront augmentés d'un mois pour les pays d'outremer.

Art. 5. — L'introduction par le breveté, dans le pays où le brevet a été délivré, d'objets fabriqués dans l'un ou l'autre des Etats de l'Union n'entraînera pas déchéance. Toutefois le breveté restera soumis à l'obligation d'exploiter son brevet conformément aux lois du pays où il introduit les objets brevetés.

La conférence de Rome de 1886 a ajouté à cet article le paragraphe suivant : « Chaque pays aura à déterminer le sens dans lequel il y a lieu d'interpréter, chez lui, le terme « exploiter ».

Art. 11. — Les hautes parties contractantes s'engagent à accorder une protection temporaire aux inventions brevetables, aux dessins et modèles industriels, ainsi qu'aux marques de fabrique ou de commerce pour les produits qui figureront aux expositions internationales officielles ou officiellement reconnues.

Art. 12. — Chacune des hautes parties contractantes s'engage à établir un service spécial de la propriété indus-

trielle et un dépôt central pour la communication au public des brevets d'invention, des dessins ou modèles industriels et des marques de fabrique ou de commerce.

Par la lecture de ces articles on peut établir un rapprochement entre la convention du 20 mars 1883 et loi française du 5 juillet 1844. Cette dernière, en effet, règle de la même façon, le droit de l'inventeur, qu'il soit étranger ou Français, et ne se préoccupe que de la nationalité de l'industrie, cherchant à faire profiter celle de la France de la protection qu'elle accorde. De même la convention du 20 mars 1883, en ce qui concerne les brevets, a eu moins pour but d'accorder aux étrangers les mêmes avantages qu'aux nationaux, l'assimilation étant reconnue dans la loi de presque tous les Etats, que de constituer un droit commun, invocable par tout le monde et par lequel se trouve favorisée l'industrie de tous les pays compris dans l'Union.

Ce caractère de la Convention apparaîtra plus clairement encore en étudiant ses dispositions.

§ 3. *Examen de la Convention du 20 mars 1883.*

Examinons chacun des articles que nous avons reproduits et déterminons les modifications qu'il a fait subir soit à notre loi du 5 juillet 1844, soit à la législation des principaux pays contractants.

(1) **Examen de l'article 2.**

Au terme de l'article 2, les citoyens ou sujets des autres Etats de l'Union sont assimilés aux nationaux pour tout ce qui concerne la prise des brevets d'invention et aussi l'exercice des actions qui en dépendent. Cette disposition, importante pour les marques de fabrique, le nom commer-

cial, etc...., pour lesquels presque toutes les législations exigent des étrangers des conditions particulières, ne présente que peu d'intérêt en matière de brevets, à cause de la situation faite partout aux inventeurs étrangers. Dans certains Etats, il est vrai, la prise d'un brevet n'est possible que si le réquérant a constitué sur le territoire un fondé de pouvoir et la même condition est requise pour l'exercice des actions nées du brevet délivré (1). Cette prescription de nature à gêner les étrangers n'est nullement modifiée par l'article 2 de la Convention, car elle s'applique à tout breveté ou tout solliciteur de brevet sans distinction de nationalité.

Il est à noter que la partie de cet article 2 qui accorde à l'étranger le même recours légal qu'au national contre toute atteinte portée à ses droits semble, par cela même, le dispenser de la caution *judicatum solvi*, dans les pays où cette dernière est exigée et, en France particulièrement, ne lui imposer la caution de l'article 47 que dans le cas où elle est imposée au Français lui-même. Cette solution serait certes la plus équitable, mais elle est malheureusement contraire au sens véritable de l'article 2. Le protocole de clôture de la convention du 20 mars 1883 porte, en effet, dans son article 3 : *Il est entendu que les dispositions finales de l'article 2 de la Convention ne porte aucune atteinte à la législation de chacun des Etats contractants en ce qui concerne la procédure suivie devant les tribunaux et la compétence de ces tribunaux*. On peut, il est vrai, considérer la caution *judicatum solvi* comme un droit civil, non comme une forme de procédure, et par suite la mettre en dehors des termes de l'article 2. C'est

(1) Loi allemande du 25 mai 1877. — Loi suédoise du 16 mai 1884. — Grand-Duché de Finlande. Ord. suprême du 30 mars 1876 (art. 5). *Bulletin officiel de la propriété industrielle*, 1887, p. 257.

ce que décide en général la jurisprudence belge (Cour de Bruxelles, 28 juillet 1887. — Tribunal civil d'Audenarde, 8 avril 1887) qui dispense le citoyen ou le sujet de l'un des Etats de l'Union de fournir la caution *judicatum solvi*, en vertu de l'article 2 de la Convention du 23 mars 1883. Mais il a été formellement déclaré, dans les discussions soulevées dans la conférence internationale de 1880, à qui l'on doit la convention de 1883, que l'article 2 laissait les étrangers, au point de vue de la caution *judicatum solvi*, sous l'empire du droit commun, et c'est même pour ne laisser aucun doute à cet égard qu'on rédigea l'article 3 du protocole de clôture dans les termes que nous connaissons. En ce sens a jugé le tribunal civil de la Seine, le 4 février 1888 : à remarquer aussi que la dernière décision de la jurisprudence belge consacre cette solution (Trib. civil, Seine, 28 décembre 1887. *Gazette du Palais*, nos des 1er et 11 avril 1888).

(2) Examen de l'article 3.

L'article 3 étend le bénéfice de l'assimilation aux nationaux, à tous les citoyens ou sujets des autres Etats non compris dans l'union qui seront domiciliés ou auront des établissements industriels ou commerciaux sur le territoire de l'un des pays contractants. Le règlement pour l'exécution de la convention du 20 mars 1883, voté à Rome en 1886, art. 1er, détermine ce qu'il faut entendre par « établissements industriels ». Il porte en effet que les personnes qui veulent invoquer l'art. 3 doivent être propriétaires exclusifs desdits établissements, y être représentés par un mandataire général et justifier, en cas de contestation, qu'elles y exercent d'une manière réelle et continue leur industrie ou leur commerce.

On doit décider qu'on ne saurait se prévaloir d'un éta-

blissement situé sur l'un des territoires de l'Union appartenant à une société dont on est commanditaire ou actionnaire. La représentation par un simple agent, pouvant être le mandataire de plusieurs personnes à la fois, serait insuffisante. L'associé en nom collectif dans une Société possédant un établissement dans les conditions requises par l'art. 3 pourra cependant, au nom de cette Société, personne morale, invoquer le bénéfice de cet article.

(3) Examen de l'article 4.

L'article 4 dispose que toute personne qui aura fait une demande de brevet dans un des pays de l'Union jouira, pendant un délai de six mois, augmenté d'un mois pour les pays d'outremer, d'un droit de priorité qui lui permettra de demander un brevet dans un autre Etat contractant, sans avoir à craindre de le voir invalider par le dépôt d'une autre demande, la publication de la découverte ou son exploitation par un tiers. Le règlement d'exécution de 1886 a déterminé ce qu'il fallait entendre par pays d'outre-mer. C'est tout pays extra-européen, non riverain de la Méditerranée.

D'après presque toutes les législations, une invention n'est valablement brevetée qu'autant qu'elle est nouvelle, dans la contrée, tout au moins où le brevet est sollicité. Or, une demande de brevet faite dans un endroit est généralement accompagnée de publications qui, grâce à la rapidité de communications ne tardent pas à partout faire connaître la découverte et à en faciliter l'exploitation, aussi avons-nous conseillé à l'inventeur qui veut obtenir protection dans plusieurs Etats à la fois de présenter une demande de brevets simultanément dans tous les pays où il désire être protégé : mais en agissant ainsi, il s'expose à des frais, pour lui peut-être considérables, alors

qu'il ignore si son œuvre trouvera partout bon accueil et lui sera rémunératoire, comme il aurait peut-être pu s'en convaincre par des essais tentés publiquement.

L'article 4 de la convention modifie cette situation. La personne qui aura déposé une demande de brevet dans un des pays de l'Union obtiendra ce double avantage ; pendant six mois elle pourra se faire breveter dans les autres États contractants, sans avoir à craindre les conséquences de la divulgation de sa découverte, et, d'autre part, elle sera protégée pendant ce même délai contre les brevets que certaines législations autorisent au profit du simple importateur de l'invention d'autrui.

Nous envisagerons deux questions : 1° Effets de l'article 4 de la convention du 20 mars 1883 sur la loi française du 6 juillet 1844.

2° Effets de ce même article sur les lois des États de l'Union qui se contentent d'une nouveauté relative pour la brevetabilité d'une invention ou qui accordent un droit de priorité à l'inventeur breveté hors de leur territoire.

(a) *Effets de l'article 4 sur la loi du 5 juillet 1844.*

Nous connaissons la rigueur de la loi française dans l'appréciation de la nouveauté d'une invention brevetable. Grâce à l'article 4, toute personne qui aura déposé une demande de brevet dans un des États de l'Union pourra, pendant six ou sept mois, selon les circonstances, prendre un brevet en France sans qu'elle ait à redouter les effets de la divulgation de sa découverte. Bien entendu, il n'est pas dit que le brevet obtenu dans les conditions de l'article 4 sera toujours valable. Il serait nul incontestablement, que l'invention tombe sous le coup de l'article 30 de la loi du 5 juillet 1844 ou qu'au jour de la demande du premier

brevet étranger elle ait été déjà connue dans les termes de l'article 31 soit en France, soit ailleurs.

Nous montrerons plus loin que l'exploitation de l'invention pratiquée par le breveté lui-même, durant le délai de priorité de l'article 4, pourrait lui faire perdre le bénéfice de cet article.

Le brevet concédé en France dans le délai établi par l'article 4 est-il un brevet d'importation dans les termes de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1844 ? On comprend l'intérêt de la question. On sait que d'après l'article 29 le brevet pris en France par une personne déjà brevetée à l'étranger est solidaire, quant à sa durée, du brevet étranger, et la jurisprudence interprète la disposition en ce sens que toute cause qui amènera l'extinction au brevet étranger entraînera celle du brevet français.

Lors de la conférence tenue à Rome en 1886, la commission italienne, d'accord avec le bureau de la propriété industrielle, avait proposé d'insérer dans le projet de règlement pour l'exécution de la convention du 20 mars 1883, un article ainsi conçu : « Lorsque dans les délais fixés à l'article 4 de la convention une personne aura déposé dans plusieurs Etats de l'Union des demandes de brevets pour la même invention, les droits résultant des brevets ainsi obtenus seront indépendants les uns des autres ».

Les commissaires italiens faisaient valoir qu'il résultait de l'esprit de l'art. 4 de la convention de 1883, que toutes les demandes de brevets étaient considérées comme déposées le même jour, celui de la première demande : que cette explication du reste offrait le seul moyen de concilier cet article avec les législations qui, comme celle de la France ne rendent brevetables que les inventions nouvelles d'une façon absolue.

La Commission italienne ajoutait qu'il ressortait de l'art. 2 de la Convention, article qui assimile aux natio-

naux les sujets ou citoyens des autres états contractants, que tous les pays de l'Union formaient comme une fédération occupant un seul et même territoire et dont les membres ne sauraient se considérer comme étrangers les uns les autres, d'où il suivrait qu'un brevet pris dans un de ces Etats ne pourrait être d'importation relativement à un brevet pris dans un autre.

Nous ne pouvons nous associer à l'opinion de la commission italienne. Elle repose sur deux fictions. D'après elle les brevets pris dans tous les pays de l'Union sont fictivement délivrés le même jour et les divers Etats contractants sont, en ce qui concerne la protection industrielle, considérés comme occupant un seul et même territoire. La première de ces fictions n'apparaît pas établie par l'art. 4, aussi clairement qu'on le soutient. On ne doit pas perdre de vue que cet article fait partie d'un traité et qu'on ne peut aller au-delà des termes acceptés par les parties contractantes dont il faut respecter l'intention.

Or, il ne dit pas un mot de la prétendue fiction dont se prévalait la commission italienne. L'article 4 établit une dérogation à la loi du 5 juillet 1844 : il n'y a pas à le concilier avec cette loi. Point n'est besoin de fiction pour expliquer la dérogation contenue dans l'article 4 : elle est le résultat du désir de favoriser les inventeurs autant que les industries des nations contractantes. Les principes de la loi de 1844 restent entiers : ils continuent à exiger d'une invention, pour qu'elle soit brevetable, sa nouveauté absolue et à considérer la publicité entourant la prise d'un brevet hors de France comme détruisant cette nouveauté.

Néanmoins, dans quelques cas particuliers, pour que l'industrie de certains pays, qui nous accordent les mêmes faveurs, ne soit pas lésée par un monopole qu'elle serait obligée de respecter alors qu'il serait impunément violé en France, on retarde le moment où une invention breve-

tée dans un des Etats de l'Union tombera dans le domaine public en France et on décide que la divulgation de la découverte n'empêchera pas, pendant 6 mois, l'obtention d'un brevet français.

Quant à admettre qu'on doive induire de l'article de la Convention du 20 mars 1883 que toutes les nations contractantes sont considérées comme occupant un même territoire, c'est encore là une fiction qui, pour être acceptée, doit être exprimée clairement. Or, nulle part, dans la Convention, nous ne la voyons écrite. Du reste la proposition italienne fut ajournée à la prochaine conférence qui sera tenue à Madrid en 1889, et cela sur la demande de M. Nicolas, délégué français, qui fit observer avec raison qu'elle était de nature à bouleverser la législation interne de plusieurs Etats de l'Union.

En définitive, les brevets pris dans les délais de l'article 4 de la Convention rentrent complètement dans les termes de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1844. Ce sont bien des brevets d'importation dépendant des brevets étrangers antérieurement délivrés et s'éteignant avec eux. Le décider autrement serait consentir un marché de dupe. Comment, la France, contrairement aux principes de sa législation, a bien voulu accéder à l'article 4 de la Convention de 1883, afin que les Etats de l'Union ne pussent se plaindre de voir librement user en France de découvertes industrielles placées sur leur territoire sous l'empire du monopole, et nous serions tenus, si nous acceptions la théorie italienne, de respecter et de protéger des inventions tombées dans le domaine public dans un des Etats contractants! Cette situation est inadmissible.

Nous pouvons imaginer l'hypothèse suivante. Supposons que pendant les 6 mois accordés au breveté à l'étranger par l'art. 4 pour prendre un brevet en France un tiers y ait connu l'invention. Il est incontestable qu'il ne pourrait

la faire breveter, même en l'absence de l'art. 4 de la convention, la loi de 1844, qui exige la nouveauté absolue de la découverte l'en empêcherait. Mais si ce tiers met en œuvre l'invention et que postérieurement, mais dans les 6 mois de priorité prévus par l'art. 4, le breveté dans un des Etats de l'Union prenne un brevet français, ce dernier pourra-t-il agir en contrefaçon contre le tiers exploitant à raison des produits par lui fabriqués antérieurement à la prise du brevet français?

Il nous semble que non, un brevet étranger n'a, nous le savons, aucune existence légale en dehors du pays où il a été délivré et n'y peut être la source d'aucune espèce de droit. Pour pouvoir en France poursuivre les contrefacteurs, il faut être muni d'un brevet français qui ne donne protection que du jour où on l'a demandé. Si l'on permettait au breveté dans les conditions qui nous occupent, d'agir à raison des produits fabriqués après la prise de son brevet étranger mais avant celle du brevet français, ce serait en vertu seule de son brevet étranger qu'il poursuivrait, ce qui serait une atteinte à la souveraineté nationale.

Remarquons que si l'interprétation italienne de l'article 4 de la Convention avait été acceptée, notre solution serait tout autre, puisque le brevet délivré en France aurait fictivement la date du brevet étranger.

(b) *Effets de l'article 4 sur les législations de divers États étrangers compris dans l'Union.*

Examinons les effets de l'article 4 sur les législations qui se montrent moins sévères que la nôtre dans l'appréciation de la nouveauté d'une invention brevetable.

La loi belge du 24 mai 1854 décide que la nouveauté d'une découverte sera perdue toutes les fois qu'elle aura

été exploitée par un tiers dans le royaume dans un but commercial ou qu'il aura été prouvé que la spécification complète ou les dessins exacts de l'objet breveté ont été produits antérieurement à la date du dépôt dans un ouvrage ou recueil imprimé ou publié (art. 24, p. A. et C.). Les lois italiennes (30 janvier 1864, 16 septembre 1869, 13 novembre 1870, art. 4) portent qu'une invention sera considérée comme nouvelle quand elle n'aura pas été connue antérieurement. On voit donc qu'en Italie comme en Belgique une invention cesse d'être nouvelle à la suite d'une divulgation se produisant à l'étranger. Mais dans ces deux pays exception est faite pour les publications légales qui accompagnent le prix d'un brevet étranger, et qui n'empêchent pas le titulaire de ce dernier d'en prendre un nouveau en Belgique ou en Italie (art. 5, lois italiennes. Art. 24, p. C., loi belge) pourvu que l'exécution de l'invention sur le territoire de ces royaumes ne l'y ait pas antérieurement fait connaître (argument art. 24, p. A, loi belge. — Art. 5, lois italiennes).

Ces deux législations, du reste, prohibent les brevets d'importation pris par un autre que le breveté à l'étranger (article 25, loi belge. Argument, articles 14 et 15, lois italiennes). La durée du brevet pris en Belgique ou en Italie pour une découverte déjà brevetée dans un autre pays sera calculée sur celle du brevet étranger concédé pour le terme le plus long, sans pouvoir excéder 14 ans en Belgique (article 4) et 15 ans en Italie (article 12).

On voit que dans ces deux pays l'utilité de l'article 4 de la convention du 20 mars 1883 sera moins grande qu'en France ; néanmoins les brevetés dans un Etat de l'Union obtiendront cet avantage que, non seulement les publications légales qui suivront la délivrance de leur premier brevet, mais encore la divulgation de leur découverte par une exploitation faite par un contrefacteur sur le territoire

italien ou belge, seront impuissantes pendant six mois à les empêcher de prendre un autre brevet italien ou belge valable.

D'après la loi suédoise du 16 mai 1884 (article 3) une invention ne sera plus nouvelle si avant la demande du brevet elle a été décrite dans un imprimé à la disposition du public ou exercée publiquement, de telle sorte que tout spécialiste aurait pu l'exécuter ; mais elle ajoute que la publication d'une invention dans un imprimé par une autorité étrangère chargée de délivrer les brevets, ne fera pas obstacle à la concession d'un brevet suédois, si la demande en est faite dans les six mois qui suivront la publication. On peut conclure, par un argument *a contrario* que, si l'invention vient à être connue d'une autre façon, par exemple parce qu'elle aurait été exercée publiquement, même dans les 6 mois, le breveté à l'étranger, qui dans ce délai ferait une demande en Suède, n'y pourrait obtenir un brevet valable.

Par suite, si nous supposons une personne brevetée dans un pays de l'Union, grâce à l'article 4 de la convention, elle obtiendra un brevet suédois en présentant sa demande dans les six mois fixés par cet article 4, nonobstant l'exécution de son invention par un tiers se produisant dans ce délai. Elle jouira même d'un délai de sept mois, si son premier brevet a été pris dans un Etat contractant, extra-européen, non riverain de la Méditerranée.

Remarquons une disposition particuliére de la loi suédoise : au terme de l'article 24, si une demande de brevet est faite en Suède par un inventeur qui, moins de six mois auparavant, aura déposé une demande à l'étranger, les deux demandes seront considérées comme faites le même jour, de sorte que le brevet suédois délivré aura une existence indépendante de celle du brevet étranger ; mais pour cela une condition est exigée. Il est nécessaire que le pays

dans lequel la première demande de brevet aura été adressée accorde une faveur correspondante aux brevets concédés en Suède (1) (art. 24). Nous savons que ce ne sera pas en France qus cette condition se trouvera réalisée, d'après l'interprétation que nous avons donnée de l'article 4 de la convention, contrairement à l'opinion de la commission italienne.

En Angleterre, d'après la loi du 23 août 1883, il existe une disposition analogue d'après laquelle un brevet anglais délivré pour une invention déjà brevetée à l'étranger, ne prendrait plus fin forcément avec le brevet étranger.

La loi espagnole du 30 juillet 1878, n'appréciant la nouveauté d'une invention que relativement au territoire espagnol, autorise par cela même trois espèces de brevets.

1° Le brevet pris en Espagne pour une découverte nulle part protégée antérieurement : sa durée est de vingt ans;

2° Celui qu'un simple importateur peut obtenir en Espagne pour une invention brevetée au profit d'un tiers à l'étranger et qui n'est concédé que pour cinq ans.

3° Celui enfin que le breveté dans un pays peut prendre en Espagne, s'il fait sa demande dans les deux ans de l'obtention du brevet étranger, sa durée est de 10 ans.

Par l'article 4 de la Convention, l'inventeur breveté dans un des pays de l'Union jouira en Espagne de ce double avantage. Pendant 6 ou 7 mois, il n'aura pas à craindre qu'un tiers le dépouille de son œuvre en la faisant breveter pour cinq ans à son profit et il jouira d'un délai de 6 ou 7 mois pour prendre un brevet espagnol de 10 ans sans que sa découverte puisse tomber en Espagne dans le domaine public.

Il existe deux Etats qui ont adhéré à la Convention du

---

(1) La même prescription se trouve dans la loi norwégienne du 16 juin 1885 (art. 33).



20 mars 1883, dans lesquels l'article 4 sera sans utilité. La loi brésilienne du 14 octobre 1882, article 2, décide en effet que l'inventeur qui, ayant obtenu un brevet à l'étranger, aura fait une autre demande au gouvernement impérial dans un délai de sept mois ne verra pas la priorité de son droit invalidée par des faits survenus pendant cette période, par exemple par une autre demande faite pour le même objet ou par une publication. La loi canadienne du 14 juin 1872, article 7, accorde également au breveté à l'étranger un droit de priorité pendant 12 mois durant lesquels la divulgation de son œuvre ne peut l'empêcher de prendre un brevet canadien.

D'où il suit qu'au Brésil l'article 4 de la convention ne présentera aucun avantage : car le droit de priorité qu'il accorderait serait exactement de même durée que celui reconnu à toute personne brevetée dans un pays quelconque (sept mois, le Brésil étant pays d'outre-mer). Au Canada, l'application de cet article 4 serait moins favorable que celle du droit commun : aussi croyons-nous qu'on y devrait considérer l'article 4 de la convention comme nul et non avenu et appliquer même aux brevetés dans un des pays de l'Union, la loi du 14 juin 1872, article 7. La convention de 1883 ne pouvant être retournée contre ceux qu'elle a entendu favoriser et devenir pour eux une source de rigueurs particulières.

La même observation s'appliquerait au sujet de l'article 33 de la loi norwégienne du 16 juin 1885 qui accorde un droit de priorité d'une durée uniforme de sept mois.

(4) Examen de l'article 5.

Nous avons vu que l'article 32 alinéa 3 de la loi du 5 juillet 1844 établit une cause de déchéance pour le breveté qui introduit en France des objets fabriqués à l'étran-

ger et semblables à ceux pour lesquels il est protégé, à moins qu'il ne s'agisse de modèles de machines ou des objets fabriqués à l'étranger destinés à des expositions publiques ou à des essais faits avec l'assentiment du gouvernement: objets, machines dont le Ministre de l'agriculture et du commerce peut autoriser l'introduction.

Nons avons déjà parlé de la modification qu'a fait subir à l'article 32 alinéa 3 l'article 10 de la convention additionnelle au traité de paix entre la France et l'Allemagne du 10 mai 1871, dont le sens a été précisé dans le protocole de clôture : aujourd'hui la déchéance établie par l'article 32 alinéa 3 est supprimée à l'égard de toutes les nations comprises dans l'Union pour la protection de la propriété industrielle. L'article 5 de la convention du 20 mars 1883 décide en effet qu'aucune déchéance ne sera encourue pour l'introduction faite par le breveté d'objets fabriqués dans un des Etats de l'Union. Au terme de l'article 2, p. 3 du règlement d'exécution de 1886, l'Algérie est considérée comme faisant partie de la France par suite comme comprise dans l'Union, et les diverses administrations sont priées de bien vouloir fournir l'indication de celles de leurs possessions qui font partie de l'Union par le seul fait de l'accession de la Métropole.

Toutefois, l'art. 5 le dit formellement, le breveté n'en restera pas moins soumis dans chaque pays à l'obligation qui lui serait imposée d'exploiter sa découverte. Un paragraphe additionnel à l'article 5, voté à Rome lors de la conférence de 1886 porte que chaque pays aura à déterminer le sens dans lequel il y a lieu d'interpréter le mot exploiter. Il s'en suivra qu'en France, d'après la jurisprudence, le breveté devra, dans les deux ans de l'obtention de son brevet, pour exploiter sa découverte, la mettre en œuvre c'est-à-dire employer les procédés ou fabriquer les produits pour lesquels il aura obtenu protection. Rappe-

lons que les tribunaux se montrent très indulgents dans l'appréciation de l'exploitation requise par l'article 32, al. 2 de la loi du 5 juillet 1844.

(5) **Examen de l'article 11.**

Les expositions publiques qui permettent aux inventeurs de faire connaître leurs produits, de se rendre compte des perfectionnements à apporter à leur œuvre, et qui, en excitant l'émulation, favorisent le progrès industriel, présentent un danger. L'auteur d'une invention qui voudrait l'exposer et qui n'a pas encore pris de brevet, qui ne veut ou ne peut immédiatement en prendre à cause des frais qu'il serait obligé de faire peut craindre, en exposant sa découverte, de lui faire perdre sa nouveauté ce qui l'empêcherait plus tard de la faire breveter valablement. Cette situation a préoccupé notre législateur. Deux lois, nées des circonstances (lois des 2 mai 1855 et 5 avril 1867) avaient organisé une protection provisoire pour les inventeurs qui présenteraient leurs produits aux expositions universelles de 1855 et de 1867. Maintenant une loi du 23 mai 1868 dispose pour l'avenir et d'une façon définitive pour toutes les expositions publiques autorisées par le gouvernement qui pourront se tenir en France. Cette loi, du reste, s'applique non seulement aux inventions brevetables, mais aussi aux dessins de fabrique et décide que toute personne non brevetée pourra exposer une découverte ou une invention susceptible d'être brevetée, dans une exposition publique, autorisée par l'administration, à la condition d'obtenir du préfet ou du sous-préfet du lieu où l'exposition est tenue, un certificat délivré gratuitement et sans examen préalable, contenant description des objets exposés. Ce certificat doit être demandé, au plus tard, dans le premier mois qui suivra l'ouverture de l'exposition et les

droits qu'il confère s'étendront du jour de l'admission à l'expiration des 3 mois qui suivront la clôture de l'exposition. Ces droits sont les mêmes, d'après la loi (art. 2), que ceux provenant d'un brevet d'invention. Il en résulte tout d'abord que le fait même de l'exhibition sera impuissant à amener la publicité de la découverte et à empêcher, de la part de l'exposant, la prise d'un brevet, pourvu qu'il soit sollicité avant la fin des 3 mois qui suivront la clôture de l'exposition. Mais on peut se demander si tout autre mode de divulgation, par exemple, une exploitation publique faite par l'exposant se produisant après l'obtention provisoire et dans les délais précités, détruirait la nouveauté de l'invention.

On l'a soutenu. « Il va de soi, dit M. Auger, que toute divulgation qui proviendrait d'une autre cause que l'exposition resterait sous l'application de la loi de 1844 et rendrait impossible l'obtention d'un brevet valable». Tel serait notre avis. Il est vrai que l'article 2 paraît donner à l'exposant muni d'un certificat provisoire les mêmes droits que ceux d'un breveté et ce dernier peut, sans aucun doute, mettre en œuvre sa découverte. Mais il faut se pénétrer de l'esprit de la loi du 23 mai 1868 tout entière et du but qu'elle a voulu atteindre ; or, c'est l'effet de la publicité provenant d'une exposition publique et d'une exposition publique seule qu'elle a entendu prévenir. Ce qui nous confirme dans cette idée, c'est l'interprétation donnée par le règlement d'exécution de 1886 à l'article 11 de la Convention de 1883. On décide que dans le délai de priorité établi par cet article l'exhibition, la publication ou l'emploi *non autorisé par l'ayant droit* de l'invention sera impuissant à empêcher une demande de brevet dans un des Etats de l'Union, d'où, *a contrario* l'exploitation pratiquée par le breveté lui-même ou autorisée par lui, ramènerait l'application du droit commun. On ne doit pas

perdre de vue que la convention du 20 mars 1884 est en grande partie l'œuvre de commissaires français qui se sont inspirés certainement de leur propre législation pour reproduire, dans l'article 11, les principes de la loi du 23 mai 1868. Remarquons qu'au Brésil, pays compris dans l'Union, qui par la loi du 14 octobre permet aux exposants de prendre des certificats provisoires, un décret du 30 décembre 1882 prononce formellement la déchéance de la protection provisoire si le titulaire du certificat utilise l'invention pendant son droit de priorité.

Le titulaire d'un certificat provisoire peut-il poursuivre les contrefacteurs? La loi lui attribuant les mêmes prérogatives qu'au breveté semble admettre l'affirmative; telle est l'opinion qu'a exposée M. Rendu dans une brochure parue à l'occasion de l'Exposition universelle de 1878 (1). Mais il paraît résulter des travaux préparatoires de la loi et des paroles de M. Ancel, rapporteur, que le brevet est le seul titre qui permette d'agir contre la contrefaçon, et qu'à ce point de vue un certificat provisoire ne saurait le remplacer. C'est rationnel. Nous reconnaîtrions cependant à l'exposant qui a satisfait aux conditions de la loi de 1868 la faculté de procéder à une description des objets contrefaits, mais non à leur saisie : car si la description est une mesure purement conservatoire, la saisie est un acte d'exécution.

La loi du 23 mai 1868 présente quelques points défectueux. Il peut résulter que, par la prise d'un certificat provisoire, on jouisse d'une protection d'une durée bien supérieure à celle qui proviendrait d'un seul brevet immédiatement obtenu en France. Supposons, en effet, un brevet délivré juste à l'expiration des trois mois qui suivront la clôture de l'exposition, à un exposant déjà muni

---

(1) Rendu, *Vade-mecum de l'exposant*, p. 64 et suiv.

d'un certificat provisoire. Il arrivera que ce dernier, protégé pendant tout le temps qui se sera écoulé entre l'admission à l'exposition et les trois mois de sa clôture, ce qui, lors de l'exposition de 1878 représentait un délai de près de deux ans, se verra assurer le monopole de son invention pendant encore quinze années. Aussi, lors du Congrès de la propriété industrielle tenu à Paris en 1878, on demanda que le temps de la protection provisoire fût déduit du délai pour lequel un brevet postérieur aurait été obtenu (1).

La loi de 1868 soulève une autre observation : elle assure bien une protection provisoire à l'exposant, mais il faut que l'exposition ait lieu en France et ce n'est qu'en France que la protection est garantie. Dans les autres pays, il peut se faire que l'exhibition d'invention lui fasse perdre son caractère de nouveauté et la rende insusceptible d'être brevetée. Cette situation qui résulte du caractère territorial de toute législation en matière de propriété industrielle a été modifiée à l'égard de plusieurs Etats par la Convention du 20 mars 1883.

Les dispositions de notre loi du 23 mai 1868, à part quelques différences de détail ont été reproduites dans une loi autrichienne du 13 novembre 1872 rendue à l'occasion de l'exposition universelle de Vienne (2). En Angleterre, la loi du 25 août 1883 remplaçant une loi de 1851 et une autre du 15 juillet 1870, organise une protection provisoire pour les inventions admises aux expositions industrielles ou internationales reconnues par le Board of Trade. L'inventeur devra aviser le contrôleur en lui fournissant une description sommaire de l'invention et faire une demande de brevet dans les 6 mois de l'ouverture de l'Exposition (3).

(1) Auger, *loc. cit.*, p. 67.
(2) Auger : *loc. cit.*, p. 70.
(3) *Annuaire de Législation comparée*, 1884, p. 91.

Nous avons signalé la loi brésilienne du 14 octobre 1882 qui accorde à la personne qui voudra présenter une invention dans une exposition officielle ou officiellement autorisée le droit d'obtenir un brevet provisoire : un règlement du 30 décembre 1882 appelle ces brevets « titres de garantie provisoire » et décide que leur durée ne pourra dépasser 3 années : le titulaire du reste qui utiliserait l'invention perdrait son droit de priorité. Le même règlement réserve au gouvernement la faculté d'accorder, s'il s'agit d'une exposition, la garantie provisoire à tous les exposants pendant le délai qu'il jugera convenable de fixer. La loi suédoise du 16 mai 1884, article 3, 2e alinéa, dispose que la publicité d'une découverte ne résulte pas de son exhibition dans une exposition universelle, pourvu que la demande de brevet soit faite dans les 6 mois qui suivront l'ouverture de l'exposition (1).

Telles sont les dispositions législatives des principaux Etats qui ont organisé une protection temporaire pour les produits ou procédés brevetables présentés à une exposition.

(b) *Nature et étendue des dispositions de l'article 11.*

L'article 11 de la convention du 20 mars 1883, complété par le règlement d'exécution de 1886, généralise cette protection et l'étend à tous les pays compris dans l'Union : en outre elle ne se borne pas à l'appliquer aux inventions susceptibles d'être brevetées, comme le font les lois brésilienne et suédoise ou aux inventions et dessins de fabrique, comme la loi française de 1868, mais à tout ce qui constitue la propriété industrielle, inventions, dessins, marques, modèles de commerce ou de fabrique.

---

(1) Même disposition dans la loi norwégienne du 16 juin 1885 (article 2).

En ce qui concerne les découvertes pouvant faire l'objet d'un brevet, au terme de l'article 11, les pays contractants s'engagent à leur accorder une protection temporaire, quand elles figureront dans une exposition internationale officielle ou officiellement reconnue : peu importe du reste le lieu où l'exposition sera tenue, pourvu qu'elle le soit sur un territoire de l'Union. La disposition de l'article 11 a été expliquée et précisée par l'art. V du règlement d'exécution adopté à la conférence de Rome de 1886. La protection temporaire devra consister dans un délai de priorité s'étendant du jour de l'admission du produit à l'exposition jusqu'à l'expiration des six mois qui suivront, délai, du reste, que chaque pays contractant sera libre d'étendre, et pendant lequel l'exhibition, la publication ou l'emploi non autorisé par l'ayant droit de l'invention ne pourra empêcher celui qui a obtenu la protection temporaire de faire une demande de brevet dans un des pays de l'Union (1). Le règlement d'exécution décide que la pro-

(1) Avant la conférence de Rome et le vote du règlement d'exécution de 1886, il était douteux qu'on dût donner à l'article 11 une portée aussi étendue. On avait allégué, il est vrai, que la convention de 1883 avait sa source dans la conférence de 1878 où, après avoir adopté le principe de la protection provisoire à accorder aux exposants les délégués internationaux avaient voté la proposition suivante : « La protection provisoire accordée aux inventeurs et auteurs industriels qui prennent part aux dites expositions internationales devrait être étendue à tous les pays qui prennent part aux dites expositions. » Sans doute, ajoutait-on, la disposition ne se retrouve pas dans la convention de 1883, mais si on ne l'y a pas insérée, c'est que l'on a pensé qu'elle était la conséquence naturelle de la protection provisoire.

Mais on répondait que la conférence de 1878, faisant abstraction des lois positives des divers pays, s'était surtout préoccupée de rechercher des solutions théoriques et par suite avait été amenée à admettre nombre de propositions inacceptables dans un traité international comme modifiant trop profondément les législations particulières des états contractants. On rappelait en outre que, lors de la conférence de 1880, on avait repoussé la demande d'un délégué italien, M. Indelli, qui voulait introduire dans la convention une disposition au terme de laquelle la protection provisoire pouvait être invoquée sur tout le territoire de l'Union (V. *Clunet*, 1886, p. 688).

tection n'aura d'effet que si pendant sa durée il a été demandé un brevet dans un de ces pays. Enfin les délais de la protection temporaire ne se confondront pas avec ceux de l'article 4 de la convention, de telle sorte que l'exposant, qui, pendant les six mois de la protection provisoire, aura déposé une demande de brevet dans un Etat de l'Union, jouira d'un nouveau délai de six mois, conformément à l'article 4 de la convention pour prendre d'autres brevets dans les autres États contractants. Afin d'assurer la connaissance de la protection temporaire dont pourraient se prévaloir des exposants, il est prescrit de notifier au bureau international de Berne toutes les inventions exposées afin qu'il soit procédé par l'organe du dit bureau à leur publication.

On voit que la principale utilité de l'article 11 est d'étendre à tout le territoire de l'Union la protection que les lois française, anglaise, suédoise, brésilienne ne peuvent garantir que sur le territoire de la France, de l'Angleterre, de la Suède, du Brésil. Remarquons cependant que si en France il est tenu une simple exposition publique autorisée par l'administration, la loi du 23 mai 1868 recevra son application, mais non l'article 11 de la convention de 1883, car il ne vise que les expositions internationales.

Il y a deux pays compris dans l'Union où l'article 11 restera lettre morte. Ce sont la Hollande et la Suisse, mais dans ce dernier Etat, nous le savons, cette situation ne tardera pas à se modifier. Dans la conférence préliminaire à la signature de la convention, tenue à Paris en 1883, les délégués hollandais et suisses firent, au sujet de l'article 11, toutes leurs réserves et déclarèrent que, du moment que la Hollande et la Suisse n'accordaient pas de brevet aux inventeurs, elles ne pouvaient leur reconnaître, lors d'une exposition, une protection temporaire. Cela paraît

rationnel si l'on songe que le droit de priorité de l'art. 11 consiste en ce que la publication de l'invention n'empêche pas la demande d'un brevet se produisant dans un certain délai, dans un des pays de l'Union. Quel serait donc le sens de l'article 11 en Hollande ou en Suisse où l'obtention d'un brevet est toujours impossible ?

Aussi croyons-nous que l'adhésion formelle de la Hollande à la convention du 20 mars 1883 n'avait pas rendu inutile la lettre qu'en décembre 1882, aux approches de l'exposition d'Amsterdam, l'association des inventeurs et artistes industriels adressait aux ministres des affaires étrangères et du commerce pour les prier de provoquer par voie diplomatique en Hollande, sinon la remise en vigueur de l'ancienne loi de 1817 ou le vote d'une nouvelle loi définitive sur la propriété industrielle, du moins des dispositions provisoires qui pussent y protéger les exposants français contre la contrefaçon de leur œuvre (1).

Il reste une question à envisager ; l'art. 11 de la convention du 20 mars 1883 ne supprime-t-il pas dans tous les pays compris dans l'Union les dispositions légales accordant une protection temporaire aux inventions non brevetées ou aux dessins, modèles, marques non déposés admis aux expositions universelles. En d'autres termes, en supposant une exposition internationale tenue en France, la loi du 23 mai 1868 s'appliquera-t-elle et les exposants non brevetés (pour ne parler que d'eux) ne seront-ils protégés temporairement qu'autant qu'ils auront obtenu le certificat descriptif prescrit par la loi du 23 mai 1868 ?

Les termes de l'article 11 sont très généraux et semblent indiquer que la protection est due de plein droit à tout inventeur. Mais si l'on considère que les conditions impo-

---

(1) *J. Clunet*, 1882, p. 520.

sées par la loi française du 23 mai 1868 ou celles contenues dans les lois anglaise du 25 août 1883, suédoise du 16 mai 1884, etc., sont de pure forme et que dans tous les cas un certificat descriptif est rigoureusement nécessaire soit pour prévenir les fraudes possibles de la part de l'exposant, soit pour permettre la notification au Bureau international et la publication par ses soins, prescrites par le paragraphe 4 de l'article VI du règlement d'exécution de 1886, on devra conclure que l'article 11 laisse subsister les lois internes de chacun des Etats contractants. Cette solution serait confirmée par ce fait que la Belgique, puissance comprise dans l'Union, s'est crue obligée d'établir un règlement destiné à assurer la protection temporaire aux exposants d'inventions, de dessins et modèles industriels, ou aux possesseurs de marques de commerce ou de fabrique admis à l'exposition universelle d'Anvers de 1885, et celà en exécution de l'article 11 de la convention du 20 mars 1883. Un arrêté du roi des Belges, du 31 juillet 1884, a imposé à tout exposant qui désirait être protégé temporairement l'obligation de se faire délivrer dans le premier mois, au plus tard, de l'exposition, par le gouverneur de la province d'Anvers, un certificat descriptif de l'objet déposé, moyennant quoi il jouira des mêmes droits, dit l'arrêté, que ceux que confère un brevet d'invention ou un dépôt légal de dessin ou de marque, à dater du jour de l'admission jusqu'à la fin du troisième mois qui suivra la clôture de l'exposition (1).

On a donc envisagé en Belgique, et à juste raison, croyons-nous, cet arrêté comme n'étant nullement en contradiction avec l'article 11 de la Convention du 20 mars 1883.

(1) *Journal Clunet*, 1884, p. 566.

(6) Examen de l'article 12.

D'après l'article 12, chacun des Etats contractants s'engage à établir un service spécial de la propriété industrielle et un dépôt central pour la communication au public des brevets d'invention, des dessins et modèles industriels et des marques de fabrique et de commerce. Nous ne croyons pas que la loi française satisfasse pleinement à l'engagement pris dans cet article. A proprement parler, il n'y a pas, chez nous, de service spécial pour la propriété industrielle et pour les brevets en particuliers, il n'existe pas de dépôt central où ils puissent être communiqués au public. En effet, quand les brevets sont en cours, ils sont gardés (au terme de l'article 23, loi du 5 juillet 1844) au ministère de l'agriculture et du commerce où toute personne peut en prendre connaissance, et à leur expiration on les envoie au Conservatoire des arts et métiers.

Au contraire aux Etats-Unis et en Grande Bretagne il existe des « patent office » et des dépôts centraux ont été organisés à Londres, Washington, Turin, Saint-Pétersbourg et au Canada.

En Belgique, il a été établi un service spécial de la propriété industrielle par un décret du 21 octobre 1884. Il en a été de même en Italie (ord. royale du 9 septembre 1884), en Suisse (arrêté du Conseil fédéral du 25 novembre 1884), aux Pays-Bas (loi du 22 juillet 1885) pour les marques de fabrique et de commerce, dans la Grande-Bretagne pour la loi du 14 août 1885 (1).

---

(1) Bozérian, *loc. cit.*, p. 25-26.

SECTION III

CRITIQUE DE LA CONVENTION DU 20 MARS 1883

§ 1. *Historique.*

L'Union pour la protection de la propriété industrielle était à peine constituée qu'elle était l'objet de vives attaques. Un certain nombre de Chambres de commerce, celle de Paris notamment, à la suite d'un rapport de M. Jules Piault, converti à l'unanimité en délibération, demandèrent la dénonciation de la convention du 20 mars 1883 (1). Cette attitude des Chambres de commerce pouvait s'expliquer par ce fait, qu'avant la conclusion de la convention elles n'avaient pas été consultées par le gouvernement ce qui, d'après elles, constituait une atteinte à leurs prérogatives. C'était oublier qu'aux termes du décret du 3 septembre 1851 le gouvernement a le pouvoir, mais non l'obligation dans tous les cas de demander l'avis des Chambres de commerce (2).

Néanmoins les plaintes étaient si nombreuses, elles avaient trouvé tant d'écho au Parlement, que le ministre des affaires étrangères promit au groupe industriel de la Chambre des députés de donner satisfaction aux critiques des Chambres de commerce, en présentant un projet de révision à la conférence à tenir à Rome, le 28 avril 1886 (3).

Mais quand la conférence se fut réunie, le projet de révision ne put, en quelque sorte être produit, le gouver-

---

(1) *Journal des procès en contrefaçon*, n. du 31 juillet 1885, p. 209, 211, 212, 213, 214.

(2) Bozérian, *loc. cit.*, p. 14.

(3) Lettre écrite au ministre du commerce par la Chambre de Saint-Quentin (*Journal des Chambres de commerce*, 1886, p. 427).

nement italien et le bureau international de la propriété industrielle qui avaient été chargés de préparer les travaux de la conférence, ayant fait adopter, dès l'ouverture des séances, une résolution d'après laquelle il serait procédé, non à une révision, mais simplement à des modifications à la convention d'importance relative et au vote d'un règlement d'exécution, l'Union ayant fonctionné trop peu pour qu'on pût en bien connaître les défauts. Les efforts des délégués français, entravés dès le début, ne purent aboutir qu'à l'adjonction d'un 3e paragraphe au texte primitif de l'art. 5 de la convention et à la rédaction de quelques dispositions du règlement d'exécution.

Aussi maintenant, comme avant la conférence de 1886, les Chambres de commerce se plaignent-elles vivement (1). La lettre écrite à la fin de 1886 par la Chambre de Saint-Quentin au Ministre du commerce pour le prier de s'opposer à la ratification des stipulations de la conférence de Rome en est une preuve, de même les délibérations des Chambres de Lons-le-Saulnier, Saint-Claude, Rouen (2).

---

(1) *Journal des Chambres de commerce*, 1886, p. 417.

(2) *Journal des Chambres de commerce*, 1887, p. 224. — C'est le *Journal des procès en contrefaçon*, dont le directeur est M. Donzel, avocat à Paris, qui semble avoir pris la tête du mouvement contre la convention du 20 mars 1883. M. Poirier, vice-président de la Chambre de commerce de Paris, s'émut des attaques de ce journal et chargea M. Donzel de formuler ses griefs dans une lettre. Cette lettre adressée le 29 avril 1885 à M. Dietz-Monnin, sénateur, président de la Chambre de commerce, reproduite dans différents journaux de Paris et de province, fut adressée à toutes les Chambres de commerce françaises par les soins d'un Comité industriel dit « L'Association de l'industrie française. »

M. Pierre Legrand, alors Ministre du commerce, fit appeler M. Donzel et le chargea d'un rapport détaillé sur la question, puis il demanda aux Chambres de commerce de France leur avis en vue des modifications à faire subir à la convention, lors de la conférence de Rome de 1886. Au mois de décembre 1885, les Chambres de commerce qui avaient protesté contre la convention étaient les suivantes : Paris, Lyon, Lille, Le Mans, Valenciennes, Calais, Nancy, Grenoble, Besançon, Rouen..... (Albert Pujol : *La convention du 20 mars 1883, devant les Chambres de commerce*, p. 13, 15 et 16.

Les objections faites à la convention du 20 mars 1883 sont donc demeurées entières. Elles ne l'embrassent pas il est vrai dans son ensemble : les articles 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10, 16 seuls sont critiqués, les autres étant généralement approuvés.

§ II. *Critiques.*

Nous examinerons les dispositions de la Convention qui ont été attaquées : Nous ne passerons en revue, bien entendu, que celles qui touchent aux brevets, en laissant de côté celles relatives aux marques de fabrique ou de commerce, aux dessins et aux modèles industriels, au nom commercial.

(1) **Articles 1 et 16.**

Les critiques portent en premier lieu sur les articles 1 et 16 de la Convention. Le premier aux termes duquel toutes les nations contractantes déclarent se constituer en état d'Union, le second qui permet aux Etats qui ne sont pas encore entrés dans l'Union d'y adhérer, par voie de simple notification diplomatique faite au gouvernement suisse. On met, a-t-on dit, sur un pied d'égalité des nations qui ont des législations bien différentes et entre lesquelles la réciprocité ne peut être complète : on crée entre elles une sorte de fédération où tout pays peut entrer, sans que les autres puissances aient la faculté de l'en empêcher; aussi voit-on compris dans l'Union des Etats qui, comme la France, protègent la propriété industrielle sous toutes ses formes, brevets, dessins et modèles de fabrique, nom commercial, etc., et d'autres, la Suisse, la Hollande qui ne reconnaissent pas le droit de l'inventeur et n'ont pas organisé de brevets d'invention; des pays qui délivrent des brevets sans examen préalable, laissant aux

tribunaux le soin, en cas de contestation, d'apprécier leur validité, et d'autres pays qui, comme les Etats-Unis, consacrent le système de l'examen préalable plus ou moins mitigé, d'autres nations enfin qui, comme l'Angleterre, par l'organisation des licences obligatoires permettent de dépouiller de son œuvre l'inventeur étranger (1). La situation est anormale, injuste. Cela est si vrai, ajoute-t-on, que l'Autriche-Hongrie a refusé d'adhérer à la Convention, sa législation intérieure ne concédant de droits aux étrangers en matière de propriété industrielle qu'autant que ces mêmes droits sont garantis aux Hongrois et aux Autrichiens dans le pays auquel appartiennent ces étrangers (2); ce qui est essentiellement irréalisable, la Suisse, la Serbie et la Hollande ne délivrant pas de brevets.

On peut répondre avant tout qu'en matière de brevets et au point de vue français, la critique n'a pas de portée. Si la loi austro-hongroise n'accorde de droit industriel à l'étranger que sous condition de réciprocité, il est dans les principes de notre loi du 5 juillet 1844 de reconnaître le droit de tout inventeur sans distinction de nationalité et de lui permettre sans condition d'obtenir un brevet aussi bien que d'exercer toutes les actions qui en découlent. Avant, comme après la convention, le Suisse, le Hollandais, le Serbe pouvaient se faire breveter en France et à ce point de vue rien n'est changé à leur condition depuis le 28 mars 1883. Quand bien même l'Angleterre n'aurait pas adhéré à l'Union, ses nationaux pourraient se prévaloir de la faculté concédée à tout étranger par la loi du 5 juillet 1844, bien que la loi anglaise organise des licences obligatoires. Ces licences, d'ailleurs, ne présentent pas un

---

(1) Lettre de M. Donzel à M. Dietz-Monnin, président de la Chambre de commerce de Paris. — Albert Pujol, *loc. cit.*, p, 12.

(2) *Revue de droit international*, 1883, p. 272.

danger aussi grand qu'on pourrait le croire : elles ne sont ordonnées que si une indemnité jugée suffisante par le Board of Trade est offerte en retour, et elles peuvent s'imposer à l'inventeur anglais comme à l'étranger. Ce n'est pas qu'il ne soit à souhaiter que la Suisse et la Hollande complètent leurs lois sur la propriété industrielle, comme le vœu en a été officiellement formé lors de la conférence du 29 avril 1886. Mais nous sommes persuadé que leur entrée dans l'Union leur servira de stimulant dans cette voie; déjà, du reste, la Suisse, le 10 juillet 1887, a fait un pas décisif. L'état d'union, qui n'a jamais été critiqué, quand il a été organisé en vue des monnaies, des postes, des télégraphes, des chemins de fer, présente en effet cet immense avantage de consolider les liens entre les nations contractantes, liens qu'elles hésitent à rompre, d'exciter entre les pays unis une sorte d'émulation qui les pousse à améliorer leur législation et à l'uniformiser : la constitution d'une Union étant, comme le dit M. Bozérian, l'un des meilleurs instruments du progrès (1).

Qu'en conclure, sinon que, loin de désirer que les pays dont les lois sur la propriété industrielle sont encore rudimentaires, soient exclus de l'Union 1883, nous souhaitons les y voir entrer, persuadé que, subissant l'influence des autres Etats, ils ne tarderont pas à adopter des dispositions législatives plus complètes et plus libérales. Cette influence du reste ne s'est-elle pas déjà fait sentir dans le sens le plus favorable aux inventeurs étrangers? Nous savons ce qui vient de se passer en Suisse; depuis la conférence de 1880, n'a-t-on pas vu en ce qui concerne les brevets seulement, la Turquie et le Luxembourg le 1er mai et le 15 juin 1880, le Vénézuéla et le Brésil, le 25 mai et le 14 octobre 1882, l'Angleterre le 25 août 1883, la Suède

---

(1) Bozérian, *loc. cit.*, p. 27.

et la Norwège, le 16 mai 1884, le Japon le 20 juillet 1885, la Norwège, loi du 16 juin 1885 organiser ou réorganiser le droit des inventeurs (1)?

(2) **Articles 2 et 3.**

Les critiques adressées aux articles 2 et 3, qui assimilent aux nationaux les sujets ou citoyens des Etats contractants ou même ceux des autres Etats pourvu qu'ils soient domiciliés ou aient des établissements industriels ou commerciaux sur l'un des territoires des pays contractants si elles présentent de l'importance en matière de marques de fabrique, de nom commercial, etc., n'en ont aucune pour ce qui est relatif au brevet. L'assimilation, nous le répétons, a en cette matière toujours été faite : l'étranger et le national ont toujours joui des mêmes avantages sans aucune condition de domicile ou d'établissement commercial, que ce soit pour la délivrance d'un brevet ou l'exercice des droits en dépendant. Il est vrai qu'on a signalé un prétendu danger provenant de l'art. 3. En le combinant avec l'art. 5, il pourrait se faire, a-t-on soutenu, qu'à la condition d'avoir un établissement commercial insignifiant sur le territoire de l'un des pays de l'Union, un étranger n'appartenant pas à une des nations contractantes, breveté en France, pourrait librement y introduire des objets fabriqués dans *son pays* et semblables à ceux décrits dans son brevet français, sans avoir de déchéance à craindre (2).

Mais il suffit de lire l'article 5. Il n'est pas dit dans cet article que les étrangers brevetés en France, appartenant à une des nations contractantes pourront importer de *leurs pays* des marchandises qui y auraient été fabriquées,

---

(1) L'Etat libre du Congo a, lui aussi, depuis 1887, sa loi sur les brevets d'invention. *J. Clunet,* 1887, p. 247.

(2) Albert Pujol, *loc. cit.*, p. 7.

nonobstant la prohibition de l'art. 32, p. 3 (loi du 5 juillet 1844); mais on y déclare que l'introduction pratiquée par un breveté quelconque, à quelque nation qu'il appartienne, de produits fabriqués dans un des Etats de l'Union et semblables à ceux décrits au brevet français n'entraînera pas déchéance. C'est bien le sens qu'une circulaire du Ministre du commerce aux Présidents des Chambres consultatives des Arts et Manufactures a donné à l'article 5 (1).

En un mot, la convention ne se préoccupe pas de la nationalité du breveté, mais plutôt, en quelque sorte, de celle des produits introduits. Qui peut donc invoquer cet article 5. Comme breveté, tout le monde : comme industrie celle et uniquement celle des pays compris dans l'Union.

Du reste, les précisions apportées dans le règlement d'exécution de 1886, au sens à donner aux mots *établissement industriel ou commercial* ont rendu sérieuse la condition exigée par l'article 3. Celui qui veut, en effet, se prévaloir du bénéfice de cet article, *doit être domicilié dans un des Etats de l'Union ou y avoir un établissement dont il soit propriétaire exclusif, y être représenté par un mandataire général et justifier, en cas de contestation, qu'il y exerce d'une manière réelle et continue son industrie ou son commerce.*

(4) Articles 4 et 5.

Des attaques, fondées sur des .raisons en apparence plus sérieuses ont été dirigées contre les articles 4 et 5. Nous allons les examiner.

---

(1) *Journal Clunet*, 1884, p. 652.

(a) *Critique de l'article 4.*

Nous avons vu qu'aux termes de l'article 4, tout inventeur qui aura, dans un des Etats de l'Union, déposé une demande de brevet, jouira dans les autres Etats contractants d'un délai de priorité de 6 mois, augmenté d'un mois pour les pays d'outre-mer, pendant lequel le dépôt, la publication de l'invention ou son exploitation par un tiers ne pourra invalider une autre demande de brevet.

Il y a là, a-t-on dit, une dérogation grave aux principes de notre législation qui exige pour qu'une découverte soit brevetée sa nouveauté absolue. Les travaux préparatoires de la loi du 5 juillet 1844 sont décisifs sur ce point et, quand on procéda à la discussion de l'article 29, qui accorde à la personne brevetée dans un pays le droit de se faire breveter en France, on n'hésita pas à déclarer que l'application de cet article serait fort rare, la délivrance d'un brevet dans un Etat entraînant presque toujours la publicité de l'invention.

Nous ne nions pas que tel soit le sens de la loi du 5 juillet 1844. Mais est-il juste ? Est-il raisonnable ? Comment, parce qu'un inventeur, pressé de se mettre en garde contre une concurrence toujours prête, il le sait, à s'emparer de l'œuvre d'autrui, aura dû sans retard prendre un brevet dans un pays, par cela seul, en France et dans les autres Etats qui ont adopté les mêmes principes législatifs que les nôtres, il sera dans l'impossibilité de faire reconnaître son droit ? Alors que la plupart des lois modernes prohibent comme immoral le brevet d'importation pris par un tiers non inventeur, il sera équitable d'autoriser le domaine public à dépouiller purement et simplement, sans compensation, un inventeur du fruit de son travail et de son génie ! Nous ne pouvons l'admettre; aussi,

croyons-nous que l'article 4 de la Convention consacre une solution beaucoup plus conforme à la justice que celle qui dérive de la loi de 1844. Et puis ne compte-t-on pour rien la protection que l'article 4 accorde à tout inventeur, déjà protégé dans un pays de l'Union, pendant 5 ou 6 mois tout au moins, contre les brevets que certaines législations permettent au profit de simples importateurs des inventions d'autrui, comme le font encore les lois espagnole et guatémalienne. Les avantages de l'article 4 sont réciproques et la dérogation à la loi du 5 juillet 1844 profite aussi bien au Français qui aura obtenu un précédent brevet dans un pays de l'Union, qu'à l'inventeur étranger.

Cette dérogation, d'ailleurs, n'est pas aussi complète qu'on paraît le soutenir. L'invention, en effet, pour être brevetée en France valablement, aura dû être nouvelle, au sens français du mot, avant la prise du premier brevet étranger. Puis le délai de priorité est court, et si pendant sa durée il n'est pas pris de brevet en France, l'invention y sera irrévocablement acquise au domaine public. Enfin l'art. 4 de la convention du 20 mars doit, comme tout traité, comme toute disposition exceptionnelle, être interprété avec restriction, on ne doit aller au-delà ni de ces termes, ni de son esprit. Or il est dit qu'avant l'expiration du délai la demande du brevet dans un autre Etat de l'Union ne pourra être invalidée par des faits accomplis dans l'intervalle, notamment un autre dépôt, la publication de l'invention ou son exploitation *par un tiers*, d'où par un argument *a contrario*, parfaitement justifié dans l'espèce, l'exploitation faite pendant le délai de priorité *par le breveté lui-même* aurait pour effet de lui enlever le bénéfice de l'art. 4, quand bien même, étant donné les principes de la loi du 5 juillet 1844, elle aurait lieu à l'étranger. (En Italie et en Belgique ce résultat ne se pro-

duirait que si la découverte était exploitée sur le territoire de ces nations. Arg. art. 24 p. 1, loi belge; art. 5, lois italiennes.)

L'article 4 de la convention du 20 mars 1883 n'est-il pas parfaitement acceptable dans ces termes ? La plupart des législations étrangères, il est vrai, appréciant avec moins de rigueur l'a nouveauté d'une invention, autorisent plus facilement que la nôtre les brevets d'importation. De là, on a soutenu que, par l'article 4, nous avions fait une concession, alors que nous ne recevions rien en retour.

Mais n'était-il pas juste d'accorder aux inventeurs étrangers les mêmes avantages que ceux dont on faisait si libéralement profiter les industriels français ?

(b) *Article 5.*

C'est l'article 5 de la convention qui a été l'objet des plus vives attaques. Nous le connaissons : il dispose que l'introduction pratiquée par un breveté, de marchandises fabriquées dans un des pays de l'Union n'entraînera pas déchéance de la protection à laquelle il peut prétendre. Le gouvernement, désireux de faire droit aux réclamations dirigées contre cet article, avait déposé par l'intermédiaire de ces délégués, MM. Nicolas et le comte de Tour, dès l'ouverture de la conférence de Rome du 29 avril 1886, un projet de rédaction de l'article 5, ainsi conçu : « L'introduction par le breveté dans le pays où le brevet est délivré, d'un modèle d'objets fabriqués dans l'un ou l'autre des États de l'Union et semblables à ceux qui sont garantis par ledit brevet n'entraînera pas déchéance. — Toutefois, le breveté sera soumis à l'obligation d'exploiter son brevet dans le dit pays en y fabriquant les objets auxquels il s'applique. »

Mais la Commission italienne ayant fait adopter par la conférence la résolution dont nous avons parlé, d'après laquelle toute modification importante à la Convention de 1883 serait ajournée, les délégués français retirèrent leur projet de rédaction de l'art. 5 et proposèrent à la place le paragraphe suivant additionnel à l'art. 5 : « Dans les Etats où la législation exige du breveté l'exploitation de son invention par la fabrication dans le pays même, l'introduction pourra être limitée à un nombre de modèles qui sera déterminé par le ministre compétent. » De ce paragraphe additionnel il résultait qu'en France la déchéance de l'art. 32, p. 3 restait à peu près intacte. Il ne parut pas acceptable à la conférence : on lui fit subir une nouvelle modification à partir des mots « dans le pays même » et il présenta alors la rédaction suivante : « L'importation sera permise pendant six mois après la délivrance du brevet. » Mais la conférence considéra ce paragraphe additionnel comme trop contraire encore à l'esprit de la Convention du 20 mars 1883 et ajourna sa discussion à la réunion de la prochaine conférence. Nous savons que les délégués français n'ont pu obtenir que l'adjonction à l'art. 5 du 3e paragraphe additionnel suivant : « Chaque pays aura à déterminer le sens dans lequel il y a lieu d'interpréter chez lui le mot exploiter (1) » L'addition est, nous en convenons, assez insignifiante et ne saurait supprimer les critiques adressées à l'art. 5. Examinons-les et essayons de les apprécier.

Voici comment elles ont été formulées :

La loi du 5 juillet 1844, art. 32, p. 3 a eu pour but de faire profiter le travail national de l'exploitation du brevet accordé par l'Etat français. Rien de plus juste que la restriction apportée à la liberté de l'industrie française par la

(1) *Bulletin officiel de la propriété industrielle.* Année 1886 (passim).

concession du monopole du breveté soit payée par l'obligation pour celui-ci de n'employer que la main-d'œuvre française : l'article 5 de la Convention du 20 mars 1883 rend lettre morte la disposition si sage de l'article 32. Désormais, nos marchés seront encombrés de marchandises étrangères, fabriquées à bas prix, mais vendues cher aux consommateurs français; car l'importateur, étant breveté, n'aura à craindre aucune concurrence.

La loi française ne garantira donc plus un monopole de fabrication, mais bien un monopole de commerce, pour le plus grand dommage de l'industrie française et celui de la consommation.

L'argument paraît fort; mais il ne faut pas lui attribuer trop d'importance.

Sans doute un breveté en France sera libre d'y introduire, sans encourir de déchéance, des produits étrangers : mais ce droit ne se maintiendra pas avec la même étendue pendant les 15 ans que la loi donne aux brevets comme durée maxima. L'article 5, § 2 de la Convention oblige à exploiter l'invention conformément à la loi française, et d'après le § 3 de 1886, chaque pays ayant à déterminer le sens dans lequel il y a lieu d'interpréter chez lui le terme exploiter, les tribunaux français ont toute latitude pour exiger du breveté une fabrication sérieuse.

La jurisprudence, jusqu'à présent, a pu se montrer indulgente et a été disposée à admettre des causes d'inaction peu justifiées. Mais la jurisprudence est variable et rien ne l'empêche de devenir plus sévère.

On a prétendu aussi que la France avait fait un marché de dupe en accédant à l'article 5 : Qu'elle avait sacrifié purement et simplement son industrie sans retirer aucun avantage en retour, car dans presque tous les pays on considère, d'après la législation interne, l'introduction de marchandises fabriquées à l'étranger comme n'ayant

aucune influence sur l'existence d'un brevet d'invention.

On peut répondre que tout au moins la faculté d'introduction ne profitera pas seulement aux étrangers brevetés en France, mais aussi aux Français brevetés dans leur propre pays : que, du reste, il n'est pas absolument prouvé que l'article 32, alinéa 3 soit si favorable à l'industrie nationale. Il est des cas où il peut lui porter préjudice : nous avons indiqué plus haut comment, d'après MM. Lyon-Caen et Cahen, ce résultat pourrait se produire : voici un autre inconvénient résultant de l'article 32 § 3. Cet article prohibant toute importation de produits étrangers, empêche le breveté de les expérimenter en France et par suite de découvrir quelque modification au perfectionnement à apporter à ses procédés. D'après la loi du 20 mai 1856, le ministre du commerce, il est vrai, peut bien autoriser l'introduction d'objets destinés à des essais faits avec l'assentiment du gouvernement, mais cette autorisation est refusée impitoyablement aux inventeurs étrangers. Il s'en suit que l'industrie française ignore le plus souvent les progrès réalisés à l'étranger. Grâce à l'article 5 de la Convention du 20 mars 1883, les manufacturiers français ou non, brevetés en France, pourront essayer les machines ou appareils fabriqués hors de France, les soumettre à l'appréciation du public et modifier, s'il y a lieu, leurs procédés de façon à produire selon les désirs réels des consommateurs (1).

Cependant, nous avouons que la disposition de l'art. 5 ne nous satisfait pas pleinement. L'art. 32, alinéa 3, était certainement trop sévère pour les inventeurs, l'art. 5 se montre trop indulgent et leur fait la part trop belle. Quoi qu'on en dise (2), les consommateurs français n'y gagnent

(1) Bozérian : *loc. cit.*, p. 40.
(2) Bozérian, *loc. cit.*, p. 39.

rien ou peu, car les avantages du libre échange dont l'art. 5 paraît à première vue être une manifestation ne sauraient se faire sentir. La concurrence est impossible à l'importation, le breveté seul a le droit d'introduire les marchandises fabriquées à l'étranger, il les livrera par suite sur le marché français au plus haut prix qu'il pourra obtenir et poursuivra impitoyablement comme contrefacteurs toute autre personne qui les offrira à de meilleures conditions (1).

Par suite le breveté seul profitera de la différence du prix de revient entre les fabrications française et étrangère et l'industrie française pendant deux ans n'obtiendra aucun avantage de la délivrance du brevet (2).

Nous préfèrerions donner à l'article 5 la rédaction que les délégués français avaient proposée en dernier lieu à la conférence de Rome de 1886, savoir : « Dans les Etats où la législation exige du breveté l'exploitation de son invention par la fabrication dans le pays même, l'importation sera permise pendant six mois après la délivrance du brevet ». En combinant cette rédaction avec le texte du premier projet des délégués français et en donnant à l'article 5 la forme suivante : « Dans les Etats où la législation exige du breveté l'exploitation de son invention par la fabrication dans le pays même, l'importation sera permise pendant six mois après la délivrance du brevet. Après ces six mois, l'introduction pourra être limitée à un nombre de modèles qui sera déterminé par le ministre compétent. »

---

(1) En Espagne où l'introduction n'est pas une cause de déchéance, la situation ne présente pas le même danger, car l'introduction de marchandises contrefaites ne donne lieu à aucune action de la part du breveté et est parfaitement libre.

(2) En sens contraire à notre opinion, Bozérian, *loc. cit.*, p. 38-40. Article de M. Pouillet dans le *Journal de la Loi* du 24 août 1885, p. 801.

On concilierait ainsi, croyons-nous, dans la mesure la plus juste, les droits de l'inventeur breveté et l'intérêt du travail national.

SECTION IV

CONCLUSION

En définitive la Convention du 20 mars 1883 est bonne dans toutes ses parties : l'article 5 seul peut présenter des inconvénients qui sont, au reste, parfaitement réparables, grâce à l'article 6 qui prescrit des révisions périodiques à la Convention.

Dans tous les cas, nous estimons qu'il serait funeste d'user de l'article 18 pour dénoncer la Convention et que les avantages résultant, pour ce qui est relatif aux brevets, de l'article 11 qui accorde une protection temporaire aux inventions admises dans les expositions universelles, de l'article 12, aux termes duquel chaque nation contractante doit établir un service spécial et un dépôt central de la propriété industrielle, de l'article 13 qui organise un bureau international et de l'article 16 qui établit des révisions périodiques, sont de nature à faire passer sur les inconvénients contestables des articles 3 et 4 et sur la disposition certainement défectueuse de l'article 5.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

1. La *manus* entraînait la *patria potestas* au profit du mari sur la personne de la femme.

2. Le concubinat était union légale.

3. Dans les actions de droit strict, la *mora* ne fait pas courir les intérêts.

4. La règle *dies interpellat pro homine* n'est pas romaine.

DROIT CIVIL

5. La femme commune peut revendiquer contre le tiers acquéreur son immeuble propre vendu par son mari sans son autorisation.

6. L'article 337 Code civil ne s'oppose pas à ce que l'entretien d'un enfant naturel reconnu pendant le mariage de son auteur tombe à la charge de la communauté.

7. La séparation de biens résultant de la séparation de corps n'a pas d'effet rétroactif.

8. La femme séparée de biens peut aliéner ses meubles, même en dehors de l'administration de ses biens.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

9. La nécessité de la reconnaissance préalable au mariage pour la légitimation est du statut personnel et dépend de la loi nationale des parties.

10. Les tribunaux français sont compétents pour connaître de toutes contestations entre étrangers.

DROIT COMMERCIAL

11. Les associés liquidateurs d'une société commerciale peuvent invoquer en tant qu'associés la prescription de 5 ans organisée par l'art. 64 C. com.

12. Dans quels cas le porteur d'une lettre de change a-t-il un droit exclusif sur la provision?

DROIT MARITIME

13. La copropriété d'un navire constitue-t-elle une simple communauté d'intérêts, ou bien faut-il y voir une véritable société?

Vu par le Professeur, Président de la Thèse,
Bordeaux, le 14 mai 1888.
AUG. RIBÉREAU.

Vu par le Doyen de la Faculté de Droit,
BAUDRY-LACANTINERIE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 14 mai 1888.
Le Recteur,
H. OUVRÉ.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

12,486. — Bordeaux, Ve Cadoret, imp., rue Montméjan, 17.

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

SITUATION JURIDIQUE DE LA FEMME
SOUS LE RAPPORT DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN
EN DROIT ROMAIN

LA GUERRE CONTINENTALE
DANS SES RAPPORTS AVEC LA PROPRIÉTÉ
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX
LE 20 JUIN 1888

PAR

DANIEL COUSTOU
Juge suppléant près le Tribunal de première instance de Lesparre.

BORDEAUX
P. CHOLLET, IMPRIMEUR-LIBRAIRE
13, PASSAGE SARGET, 13
—
1888



FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

MM. BAUDRY-LACANTINERIE, O I., doyen, professeur de *Droit civil*.
COURAUD, ✱, O I., doyen honoraire, professeur de *Droit romain*.
RIBÉREAU, O I., professeur de *Droit commercial*.
SAIGNAT, O I., professeur de *Droit civil*.
BARCKHAUSEN, ✱, O I., assesseur du doyen, professeur de *Droit administratif*.
DE LOYNES, O I., professeur de *Droit civil*.
VIGNEAUX, O I., professeur d'*Histoire du droit*, chargé d'un cours spécial pour le doctorat.
LE COQ, O I., professeur de *Procédure civile*.
LEVILLAIN, O A., professeur de *Droit maritime*.
MARANDOUT, O A., professeur de *Droit criminel*.
CUQ, O A., professeur de *Droit romain*.
FAURE O A., député, professeur d'*Économie politique*.
DESPAGNET O A., professeur-adjoint, chargé du cours de *Droit international privé*.
MONNIER, O A., agrégé, chargé du cours de *Pandectes*.
SAINT-MARC, O A., agrégé, chargé du cours d'*Économie politique*.
DUGUIT, agrégé, chargé du cours de *Droit constitutionnel*.

MM. LE COZ, O A., docteur en droit, *secrétaire*.
PLATON, ancien élève de l'Ecole des Hautes-Études, *sous-bibliothécaire*.
FRAISSINGEA, docteur en droit, *secrétaire-adjoint*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. CUQ, *Président*.
VIGNEAUX }
LE COQ } *Suffragants*.
DESPAGNET }

A CEUX DONT LA MÉMOIRE M'EST CHÈRE

A MES PARENTS

A MES AMIS

DROIT ROMAIN

SITUATION JURIDIQUE DE LA FEMME
SOUS LE RAPPORT
DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

BIBLIOGRAPHIE

ACCARIAS. *Précis de Droit Romain*, 2e éd. 1876.
BOCHOFEN. *Ausgewählte Lehren des romischen civilrechts*. Bonn, 1848.
BOUCHEZ. *Thèse pour le Doctorat*. Paris, 1864.
BOULLENOIS. *Questions sur les démissions de Biens*. 1727.
CICÉRON. *De Re-Publica*.
CUJAS. *Opera omnia*. Naples, 1722-27, 11 vol.
DEMANGEAT. *Cours élémentaire de Droit Romain*. 1876.
» *Des obligations solidaires en Droit Romain*. 1859.
DION CASSIUS. *Histoire Romaine*, trad. E. Gros. 1845-1870, 10 vol.
DONEAU. *Commentaire de Droit civil*. Rome, 1828-33, 12 vol.
DUBOIS (E.). *Thèse pour le Doctorat*. Paris, 1860.
DURUY. *Histoire des Romains*. 1870-79, 6 vol.
FRIEDLŒNDER. *Mœurs romaines du règne d'Auguste*, trad. Ch. Vogel, 1865-74.
FROLAND. *Mémoires concernant la qualité des statuts*. 1729.
GIDE (P.). *Étude sur la condition privée de la femme*. 2e édit. 1885.
GLUCK. *Ausführliche Erlaüterung der Pandecten*. Erlangen, Palm et Enk, 1797-1881, 64 vol.
MACHELARD. *Des Obligations naturelles en Droit Romain*. 1861.
MERLIN. *Répertoire*. *Vo S. C. Velléien*. 5e édit. 1827, 18 vol.
POTHIER. *Pandectæ Justinianæ*. Lyon, 1782, 3 vol.
» *Traité des Obligations*.
VOET. *Commentarius ad Pandectas*. Genève, 1778, 2 vol.
WINDCHEID. *Lehrbuch der Pandectenrechts*. Dusseldorf, 1874-75.
DE VANGEROW. *Lehrbuch der Pandecten*. Marburg et Leipsig, 1823-29.

INTRODUCTION

Notre sujet touche à l'étude de cette grande catégorie d'actes qu'on désigne sous l'expression générale d'intercessions, ou obligations pour autrui.

Avant d'aborder le S. C. Velléien, nous rechercherons quelle était en principe, la capacité reconnue à la femme s'obligeant dans son propre intérêt. Dans le chapitre suivant, nous traiterons de l'intercession en général, de ses conditions, des diverses formes qu'elle peut revêtir; nous examinerons ensuite la situation toute exceptionnelle qui est faite à la femme par le S. C.; les motifs sur lesquels est basé cet acte législatif, et qui l'ont fait édicter; ses cas d'application; les exceptions qui y sont apportées; ses effets tant à l'égard de la femme qu'à l'égard du créancier et du tiers débiteur pour qui elle a intercédé. Nous arriverons ainsi aux innovations opérées par Justinien en cette matière, et qui feront l'objet d'un dernier chapitre. Enfin, dans un appendice, nous examinerons ce qu'est devenu le S. C. Velléien dans notre droit français.

CHAPITRE I

CAPACITÉ JURIDIQUE DE LA FEMME A S'OBLIGER

Un texte de Gaius au Digeste (L. I § 8 *de oblig. et act.* 44-7) divise les débiteurs en deux classes : « *sed, aut proprio nomine quisque obligatur, aut alieno* ». Il y a donc des débiteurs qui, en s'obligeant, n'ont d'autre but que de faire leur propre affaire; c'est dans leur propre intérêt qu'ils agissent; c'est sur eux exclusivement, et d'un façon immédiate, que retomberont les effets, bons ou mauvais, de l'opération; et, il y a à côté de ceux-là, des débiteurs qui s'obligent, mais dans l'intérêt d'une autre personne, des débiteurs qui seront, dans tous les cas, étrangers aux bénéfices de l'opération, mais qui éventuellement, et d'une façon médiate et accessoire, pourront voir poursuivre contre eux l'exécution d'une obligation dont ils ne doivent retirer aucun avantage. Leur intervention n'a d'autre but que d'augmenter le crédit du débiteur primitif ou principal, tout en se réservant cependant le droit d'exercer un recours contre celui pour lequel ils s'engagent, dans le cas où ils seraient obligés eux-mêmes de satisfaire à leur obligation; en un mot, ils s'exposent à encourir par la suite une perte, jamais à réaliser un bénéfice; le créancier seul voit sa situation s'améliorer puisqu'il va y gagner l'adjonction d'un nouveau débiteur, ou la substitution d'un débiteur ordinairement plus solvable à un débiteur moins solvable. Voyons quelle est la capacité reconnue à la femme, dans ces deux hypothèses, par la législation romaine.

A. — La Femme contracte dans son propre intérêt.

On ne peut parler de la capacité juridique de la femme, sans

faire une distinction entre la fille de famille et la femme *sui-juris :* c'est la division que nous suivons dans l'exposition de cette matière.

§ I. Filles de famille. — Jusque dans ces derniers temps, une des questions les plus débattues entre les interprètes, a été celle de savoir si la fille de famille jouissait, dans le droit romain, de la capacité de contracter des dettes. La difficulté venait de ce que les textes sur lesquels on s'appuyait, de part et d'autre, ne semblaient pas viser la question, avec toute la précision désirable, et de ce que les termes mêmes de ces textes n'étaient pas acceptés intégralement par toutes parties : le seul texte qui semblât s'occuper directement de la question (le § 104 du c. III de G.), était resté jusqu'alors illisible pour la plus grande part, et il avait été diversement restitué.

Mais aujourd'hui, il résulte de la dernière recension de M. Studmund (1874), que Gaius, dans le § 104, parlait de la *filia-familias* en même temps que de la femme *in manu*, et les déclarait incapables l'une et l'autre de s'obliger envers qui que ce soit : donc, plus de doute possible, la *filiafamilias* ne pouvait s'obliger valablement.

§ II. Femmes sui juris. — Dès que la puissance paternelle a disparu, dès que ses liens sont rompus, la fille, comme l'impubère de l'autre sexe, tombe en tutelle : jusque là, égalité absolue entre les deux sexes. Mais les différences ne tardent pas longtemps à apparaître. Aussitôt que l'enfant du sexe masculin a atteint la puberté, il secoue les entraves de la tutelle, et prend son libre essor dans la vie civile (1); la fille, au contraire, reste en tutelle tout le temps de sa vie. Cependant, ces expressions qui ont pu être exactes dans l'ancien droit romain, ont besoin de quelques explications. Il convient de suivre avec soin l'évolution

(1) Sauf cependant l'adjonction d'un curateur jusqu'à l'âge de 25 ans.

de cette institution, l'une des plus originales du droit romain, et de noter aussi exactement que possible les transformation qu'elle a subies, jusqu'au moment, où par suite des atteintes qui lui sont portées, on peut la considérer comme disparue complètement.

L'un des principes dominants, et qui est à la base de la société patriarcale de l'ancienne Rome, c'est la conservation dans la famille des biens ayant composé le patr'moine des ancêtres. Le culte des mânes et des dieux lares exige que ces biens lui restent affectés, même après qu'ils ont été divisés entre les ayant-droit : or, supposons qu'au nombre des héritiers se trouve une fille; il est à craindre, que le jour où elle s'établira par mariage, la portion de biens lui revenant passe avec elle dans sa nouvelle famille et soit ainsi soustraite au service d'un culte auquel elle était primitivement consacrée.

Le moyen de remédier à cet inconvénient, c'était de décider que la femme *sui juris* serait soumise perpétuellement à l'*auctoritas* d'un tuteur qui contrôlerait ses actes et ne lui permettrait de s'obliger que quand son obligation serait de nature à n'apporter aucun dommage au patrimoine. Et si on lui impose un tuteur, ce n'est point pour la garantir contre la faiblesse naturelle de son sexe et son inexpérience des affaires, c'est pour conserver intacte la part qui lui est échue dans le patrimoine de l'auteur commun; c'est afin qu'elle soit recueillie, plus tard, exempte de toutes charges, par ceux qui ont une vocation héréditaire à la succession de la femme. Aussi (et la loi romaine démasque ici le but qu'elle s'est proposé d'atteindre), la tutelle de la femme est-elle déférée à ceux qui, par la place qu'ils occupent dans la famille, devront être nécessairement portés par leur propre intérêt à refuser leur *auctoritas* quand elle leur sera demandée. La loi va plus loin encore, et elle déclare que, sauf pour de graves raisons, dans aucun cas, le tuteur ne pourra être forcé *à præstare auctoritatem :*

cette tutelle ainsi organisée, c'est la tutelle légitime des agnats. Étant donnés les motifs sur lesquels elle était basée, il est hors de doute, que sous de pareils tuteurs, la femme était incapable de faire aucun acte, et que l'intérêt personnel de ces tuteurs légitimes, était loin de militer en faveur de leurs pupilles.

Mais le droit romain se relàcha peu à peu de sa raideur primitive, et le sort de la femme *sui juris*, bien qu'elle restât encore soumise à une tutelle, s'améliora sensiblement, lorsqu'à côté de ces tuteurs légitimes, le législateur admit d'autres tuteurs qui, par cela même qu'ils étaient étrangers à la famille de la femme, et n'avaient par suite aucune vocation à son hérédité, ne se trouvaient pas placés entre leur intérêt et leur devoir et n'avaient aucun motif de refuser à la femme l'*auctoritas* qu'elle sollicitait. Devant rester étrangers à l'issue heureuse ou malheureuse de l'opération que la femme se proposait de faire; et, d'un autre côté, n'étant pas tenus de rendre compte de leur gestion, que leur importait que la femme courût à sa ruine; quels motifs pour eux de s'opposer à ce qu'elle contractât des obligations, à ce qu'elle fit des aliénations. Quels sont donc ces tuteurs dont les fonctions en arrivent insensiblement à n'avoir qu'une importance purement nominale, et qui n'entrent en scène que pour couvrir des apparences trompeuses de leur autorité, les restes d'une institution qui s'en va? Ces tuteurs, ce sont les tuteurs testamentaires.

Gaïus (I. 144) nous apprend que le père pouvait nommer un tuteur testamentaire à ses enfants restés sous sa puissance, et cette disposition s'appliquait même aux filles nubiles. Le mari pouvait également nommer, par testament, un tuteur à sa femme *in manu* (G. I. 148). Nous voilà déjà loin de la tutelle des agnats, et les motifs qui poussaient ceux-ci à marchander leur *auctoritas* et à la refuser dans la plupart des circonstances, ne sauraient s'appliquer au tuteur testamentaire

qui, étranger la plupart du temps à la famille de sa pupille, en acceptant la tutelle qui lui était confiée, se proposait moins de remplir ses fonctions de tuteur, que de rendre hommage à la mémoire du défunt. On alla jusqu'à permettre au mari de léguer à sa femme *in manu* le droit de se choisir elle-même un tuteur, et, si le testament lui reconnaissait l'*optio plena* (G. I. 153), elle avait la faculté de changer de tuteur à sa guise, et pour chaque opération qu'elle voulait faire. Naturellement, elle choisissait celui qui devait lui laisser la liberté la plus large, et ici, il serait exact de dire que la tutelle n'existait plus que pour la forme.

Bientôt, nous trouvons mentionnée une nouvelle catégorie de tuteurs qui sont nommés, par l'autorité publique, aux femmes qui n'ont ni tuteurs légitimes, ni tuteurs testamentaires (G. I. 185): ce sont les tuteurs datifs. Ils sont nommés à Rome par le préteur urbain, en vertu de la loi Attilia, et, dans les provinces, par le præses, en vertu de la loi Julia et Titia. De plus, un sénatus consulte permet aux femmes (G. I. 173) de demander un nouveau tuteur pour remplacer le tuteur absent, et cela, quelque courte que soit cette absence. Dès l'instant de cette nomitation, le premier tuteur cesse ses fonctions. Si nous supposons que la première tutelle était légitime, ce pouvoir passe alors à un tuteur plus complaisant, et qui n'aura aucun intérêt à gêner ou surveiller sa pupille.

Enfin, poursuivant toujours son émancipation, la femme eut recours à un expédient que lui fournit la *manus* détournée de sa destination primitive, et qui est connue sous le nom de *manus fiduciæ causa*, ou transitoire. Elle n'avait d'autre but (G. I. 114), que de permettre à la femme de se débarrasser des tuteurs dont la surveillance l'incommodait. Elle faisait *coemptio* avec un étranger; celui-ci la remancipait à une personne qu'elle choisissait, et qui devenait tuteur fiduciaire après avoir affranchi la

femme. C'était un moyen qui était mis en pratique surtout pour permettre à la femme de tester, ce qui lui était impossible sous la tutelle de ses agnats (G. I. 115A).

On le voit, toutes les innovations admises par le législateur tendent vers le même but : affranchir la femme pubère d'une tutelle qui lui était imposée pour des raisons tout autres que celles qu'on eût pu raisonnablement déduire de sa *lævitas animi :* l'intérêt des agnats, tel était le vrai motif. Or, nous avons vu les atteintes successives portées à cette tutelle. On cherche des biais, car on ne veut pas que la femme passe trop brusquement de l'état de surveillance dans lequel elle était tenue, à une trop grande liberté ; les tuteurs qu'on lui assigne, ou qu'on lui permet de choisir, perdent peu à peu de leur autorité (1) ; et enfin, de degré en degré, on en arrive à leur reconnaître la même capacité qu'au pubère de l'autre sexe. On lui restitue, en un mot, les prérogatives qui ne lui avaient été refusées que pour des raisons d'intérêt supérieur : cette assimilation fut le résultat des dispositions législatives suivantes.

C'est d'abord la loi Julia et Papia Poppœa qui affranchit de la tutelle testamentaire la femme qui a le *jus liberorum* (G. I. 145) ; puis, la tutelle des agnats est à son tour supprimée par la loi Claudia, et Gaius (I. 157) ne la mentionne plus que comme un souvenir historique. Quant à la femme qui était pourvue d'un tuteur datif ou d'un tuteur fiduciaire, déjà au temps de Gaius, elle était affranchie de ces tutelles, si elle était mère de trois enfants (G. I. 194). Enfin, un Edit des empereurs Honorius et Théodose inséré au code de Justinien (L. 1. C. VIII. 59) et portant la date de l'année 410, en accordant à toutes les femmes, le privilège du *jus liberorum*, les affranchit du même coup de toute espèce de tutelle.

(1) Dicis gratiâ tutor interponit auctoritatem suam ; sæpe etiam invitus auctor fieri a prœtore cogitur (G. I. 190).

Après avoir indiqué les phases suivies par cette institution dans son développement historique, il nous reste à faire connaitre quelles étaient, à l'époque où cette tutelle était encore appliquée avec quelque rigueur, les fonctions de ces tuteurs, et à déterminer les actes qui nécessitaient leur intervention.

Malgré les ressemblances nombreuses que présente cette tutelle avec celle des impubères, elle s'en distingue au point de vue des fonctions du tuteur :

1° Le tuteur des femmes pubères autorise et ne gère pas (Ulp. *reg*. XI. 25).

2° Il n'est pas libre, sauf dans des cas que nous aurons à examiner plus loin, de donner ou de refuser son *auctoritas* à la femme qui la lui demande : en règle générale, il doit donner cette autorisation (G. I. 190).

Ces notions rappelées, nous allons successivement rechercher les actes que la femme en tutelle pouvait faire seule ; ceux qui exigeaient l'*auctoritas* du tuteur, et enfin ceux qui lui étaient absolument interdits.

a. — La femme pouvait, mais seulement lorsqu'elle avait atteint l'*ætas perfecta*, c. a. d. l'âge de 25 ans, administrer seule ses biens, et par suite, faire les actes que comportait cette administration. Jusqu'à la puberté, le tuteur remplissant ici exactement les mêmes fonctions que le tuteur de l'impubère de l'autre sexe, il a dû être lui-même chargé de l'administration de ces biens, car à ce moment là, et jusqu'à la puberté, ses attributions comprennent encore l'obligation de gérer. Mais à qui était confiée l'administration des biens de la femme pubère dans l'intervalle de la puberté à l'*ætas perfecta*? Elle était probablement confiée à un curateur (1). En effet, nous lisons aux Institutes (I. 23. *de curat.*), qu'on donnait des curateurs, jusqu'à leur 25me année

(1) Accarias I, p. 396. — Demangeat I, p. 415.

accomplie, aux hommes pubères et aux femmes viripotentes; or, Ulpien (XI. 25) nous dit que ce n'est pas le tuteur qui administre depuis la puberté, et Gaïus (I. 191) dit, en termes formels, que le tuteur n'a jamais de comptes à rendre, ce qui semble bien être une conséquence de ce fait, à savoir, que la tutelle des femmes ne comporte pas pour le tuteur le pouvoir d'administrer (1). Cette interprétation semble être confirmée par le § 110 des *fr. vat.* où est rapportée une décision de Paul : la dot peut être promise et payée après la célébration du mariage, mais il ne suffit pas de la présence du curateur, il faut l'*auctoritas tutoris*. C'est donc que les femmes peuvent avoir à la fois un tuteur et un curateur; or, les fonctions du tuteur étant parfaitement définies par les textes, et ne comprenant pas l'administration des biens, il est à peu près certain que ce dernier soin était laissé à ce curateur.

Outre cette capacité d'administrer, la femme pouvait seule et sans l'*auctoritas tutoris*, aliéner une *res nec mancipe*, à la différence du pupille (G. II. 80; Ulp. XI. 27). Elle pouvait aussi recevoir un paiement, mais il fallait que les espèces fussent réellement versées entre ses mains. Ainsi elle n'aurait pu sans être autorisée du tuteur, éteindre sa créance par l'acceptilation (G. II. 85.); enfin, il lui était encore permis d'aliéner la possession de ses biens *(fr. vat.* § 1), et de plaider dans un *judicium non legitimum* (Ulp. XI. 27.).

b. — La femme avait besoin de l'assistance de son tuteur pour les actes qui pouvaient faire sa condition pire, c'est-à-dire pour aliéner, s'obliger, cesser d'être créancière (G. II. 84). Sa situation est semblable à celle du pupille sorti de l'*infantia* : aussi Gaius (III. 108) les assimile-t-il en ce qui concerne la capacité de s'obliger. Après avoir posé au § 107 le principe d'après lequel

(1) Demangeat, I. 392.

le pupille a besoin de l'*auctoritas tutoris* pour s'obliger envers les autres, et non pour obliger les autres envers lui, il ajoute (§ 108): « *idem juris est in feminis quæ in tutela sunt* ». Il faut donc l'*auctoritas tutoris* pour que la femme puisse s'obliger; de même, elle lui est nécessaire pour figurer dans un *judicium legitimum* (Ulp. XI. 27), aliéner une *res mancipi* (Eod.), se marier (Ulp. XI. 22), et tester (G. II. 118).

Que conclure de là, sinon qu'en règle générale, la femme *sui-juris* s'obligeait valablement par ses contrats ? Sans doute, l'*auctoritas tutoris* était indispensable ; mais cela ne saurait infirmer en rien le principe. D'ailleurs, il ne faut pas oublier, que dans certains cas, la tutelle était organisée de telle manière que la femme pouvait exiger l'*auctoritas tutoris*, même quand l'acte qu'elle se proposait de souscrire était inutile ou dangereux (G. I. 190).

c. — Cependant, ce principe souffre un tempérament, et il y avait des cas où on refusait à la femme pubère le droit de tester, de contracter une obligation, ou d'aliéner une *res mancipi*. C'était lorsque la tutelle à laquelle elle était soumise, se trouvait être celle du patron ou des agnats (1). Ici il n'est plus exact de dire que la femme pouvait forcer le tuteur *à præstare auctoritatem*. Nous avons indiqué plus haut les motifs qui en avaient fait décider ainsi. Ces tuteurs ne pouvaient être obligés de donner leur *auctoritas* à certains actes, dont l'effet inévitable eut été de les dépouiller du patrimoine que la loi les appelait à recueillir un jour, ou de ne leur permettre de recevoir cet héritage que diminué par des aliénations ou grevé de dettes (G. I. 192). Aussi, la femme pourvue d'un pareil tuteur, ne pouvait-elle tester, s'obliger, aliéner une

(1) Gaius caractérise ces deux grandes classes de tutelle, en mettant d'un côté la *legitima parentium aut patronorum tutela*, et de l'autre, *alterum genus tutorum* (tutelle testamentaire, et celle déférée par le magistrat). G. I. 194; II, 122).

res mancipi. Nous connaissons les phases par lesquelles devait passer cette institution, et les détours imaginés dans la pratique pour soustraire la femme aux incapacités édictées contre elle. Nous avons vu que, une loi Claudia supprima la tutelle des agnats, qu'un s. c. rendu sous Hadrien, leur accorda la faculté de tester, et comment sous la législation suivante, disparaissent peu à peu les derniers vestiges de cette tutelle des femmes.

Nous croyons donc être autorisé à conclure, que la femme *sui-juris* était, du moins en général, capable de s'obliger quand l'acte auquel elle prenait part était conclu dans son intérêt personnel.

B. — La femme s'oblige dans l'intérêt d'autrui; elle intercède.

Autant dans les explications qui précèdent, nous avons vu la capacité juridique de la femme se rapprocher de celle de l'homme, autant ici, nous allons voir cette capacité se retrécir et disparaître presque absolument. Et d'abord, nous allons essayer de donner une définition de l'intercession, et d'établir d'une manière précise les conditions requises pour qu'il y ait intercession.

CHAPITRE II

DE L'INTERCESSION EN GÉNÉRAL

Intercéder (l'étymologie du mot l'indique : *cedere-inter*), c'est intervenir spontanément dans une opération juridique à laquelle on avait été jusqu'alors complètement étranger; aux bénéfices de laquelle on ne saurait en aucun cas espérer de participer; et s'engager à l'exécution de l'obligation qui en est résultée, soit en s'obligeant personnellement, soit en obligeant sa chose.

Il faut donc comme conditions indispensables de l'intercession :

1° Qu'en intervenant, nous contractions une obligation;

2° Que cette obligation soit celle d'un autre, et qu'elle nous soit imposée, par suite d'une convention avec le créancier de la personne pour laquelle nous intervenons;

3° Que nous intervenions volontairement et sans y être tenus;

4° Enfin, il faut qu'en tout cela, nous n'agissions pas dans notre propre intérêt, mais dans l'intérêt du tiers débiteur. Ces conditions, qui sont indispensables, seront suffisantes pour qu'il y ait intercession.

§ I. Des diverses sortes d'intercession. — L'intercession peut se produire de telle manière que l'intervenant s'oblige à la place du débiteur primitif qui par là même se trouve libéré. Dans cette hypothèse, le créancier n'ajoute pas un nom de plus à la liste des débiteurs qui forment sa garantie, il ne fait absolument que changer d'obligé, et que substituer au débiteur originaire, une personne peut-être plus solvable. Cette intercession est

désignée, chez les commentateurs, sous le nom de *principale* ou *privative*, et c'est celle que les textes ont en vue lorsqu'ils parlent de « *alienam obligationem in se transferre* ». (L. 4, c. ad. s. c. vell. 4-29).

On peut, au contraire, imaginer une intercession s'opérant de telle manière que l'obligation du débiteur primitif ne doit pas disparaître devant celle de l'intervenant. Ces deux obligations doivent, au contraire, subsister l'une à côté de l'autre; la dernière n'a pas pour effet de supprimer l'efficacité de la première qui demeure intacte. Ici, le créancier ajoute une garantie de plus au recouvrement de sa créance : c'est l'intercession *cumulative* des commentateurs, celle que les textes désignent sous les expressions de « *alienæ obligationis participatio* ».

Cette dernière peut encore se diviser en cumulative principale, et accessoire ou subsidiaire.

L'intercession cumulative est *principale*, lorsque l'intercédant se met sur la même ligne que celui pour qui il intercède ; lorsqu'en un mot, il est obligé de telle manière qu'il lui est impossible d'éloigner provisoirement de lui, les poursuites du créancier : tel sera le cas de deux *correi-promittendi*.

Elle est *accessoire* ou *subsidiaire* dans l'hypothèse suivante. Des poursuites ne pourront être exercées contre le tiers intervenant, que lorsque le créancier aura été dans l'impossibilité absolue d'obtenir du débiteur principal le paiement de ce qui lui est dû; et, ces poursuites seront nécessairement réglées sur le montant du reliquat de sa créance. Le débiteur qui a intercédé, n'est tenu ici qu'à défaut de satisfaction complète donnée par le débiteur principal. Il est donc mieux traité que dans les cas précédents; il peut espérer que son engagement ne lui causera aucun préjudice.

§ II. Des formes de l'intercession. — Quelles sont les formes que peut revêtir l'intercession? En d'autres termes, quels sont

les contrats qui sont susceptibles de renfermer une intercession (1)? Ces formes sont très variées, et dans la liste assez longue des contrats du droit romain, il n'en est peut-être pas un seul qui ne puisse accidentellement cacher une intercession, Nous n'entrerons pas sur ce point dans les détails qu'exigerait une étude spéciale sur le cautionnement. Qu'il nous suffise de dire que l'intercession se réalise généralement par l'un des actes suivants :

1° L'*expromissio* (L. 8 § 5 in fine D. *de nov. et deleg.* 46-2).

2° La défense en justice du débiteur poursuivi (L. 10 § 1, *de in rem verso* D. 15-3); (L. 11 § 1, *de nov. et deleg.* D. 46-2).

3° La *mutui datio pro alio* (L. 2 § 1, D. *ad. s. c. veli.* 16-1).

4° L'*adpromissio*. Dans le droit classique, elle peut résulter d'une *sponsio*, d'une *fidepromissio*, ou d'une *fidejussio ;* sous Justinien, on ne trouve plus que la *fidejussio*, cet empereur, ayant sur ce point, comme sur beaucoup d'autres, ramené la législation à son unité primitive.

5° Le *mandatum pecuniæ credendæ.*

6° Le *constitutum debiti ~~altam~~.* alieni

7° Et enfin la constitution de gage ou d'hypothèque faite pour un tiers.

Tels sont les modes les plus habituels d'intercession. Maintenant que nous avons des données suffisantes pour nous permettre de distinguer les actes d'intercession, voyons quelle est la situation faite à la femme en cette matière par la législation romaine.

Il est de principe que la femme est incapable de s'obliger pour autrui. Tout acte, souscrit par elle et qui renfermera une intercession, devra tomber; son obligation sera nulle : telle est la sanction édictée par le S. C. velléien qui renferme toute la législation sur ce sujet.

(1) Le mot Intercession est une expression générale sous laquelle on désigne tout un ensemble de modes de s'obliger pour autrui; c'est l'idée que veut exprimer Cujas quand il dit : « Aliud est intercedere, aliud fidejubere : intercedere est *genus*, fidejubere *species* ». (Cujas, t. IV, in ib. XI. *resp.* Papiniani, col. 1312 C-D).

CHAPITRE III

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN — SA DATE — LES MOTIFS SUR LESQUELS IL EST FONDÉ

Cet acte législatif, l'un des monuments les plus importants du Droit romain, est l'objet des Livres XVI, tit. I au Digeste, et IV, tit. XXIX, au code de Justinien. Nous allons essayer de déterminer sa date, ainsi que les motifs sur lesquels il est fondé, pour passer de là à ses cas d'application.

§ I. Sa date probable. — Le texte de ce sénatus-consulte rapporté par Ulpien dans le L. II, § 1, D. ad. s. c. v^{en} vell. XVI-I, nous fournit à ce sujet une simple indication : c'est qu'il fut rendu sous le consulat de Marcus Silanus et de Velleius Tutor, et après un Édit de Claude dont nous aurons à parler plus loin. Seulement, et ici se complique la question, nous ne trouvons nulle part dans les fastes consulaires, de consuls de ce nom ayant occupé cette fonction en même temps. Cependant, la majorité des auteurs lui assigne comme date l'année 46 de l'Ère chrétienne, sous le règne de Claude, et cette opinion, qui nous paraît la plus vraisemblable, s'appuie sur les récits des historiens. Dion Cassius (Livre LX, § 27, *Hist. rom.*), nous signale, en effet, comme consuls ordinaires en l'an 799 de Rome, M. Junius Silanus, et P. Valérius Atiaticus; de plus, toujours d'après le témoignage de cet historien, ce dernier consul serait sorti de charge avant le temps; puis nous rencontrons dans les Fastes, et la même année, un certain Velléius qui nous est donné comme consul *suffectus* (substitué), et qui ne peut être que celui que le texte du S. C.

nous présente sous le nom de Velleius Tutor : il doit donc vraisemblablement prendre place au temps de l'empereur Claude en l'année 46 de notre ère (1).

§ II. **Motifs sur lesquels est fondé le S. C. Velléien.** — Sur ce point, comme sur le précédent, les auteurs sont loin d'être d'accord. La question à résoudre est la suivante : cet acte législatif a-t-il été rendu en faveur des femmes, ou contre elles ? En un mot, est-ce pour protéger la dot, ou pour écarter les femmes des affaires, et en faveur de la morale publique ? Nous croyons que le Sénat dans sa décision s'est inspiré de cette double considération.

Et tout d'abord, disons-nous, le Sénat a voulu protéger la femme; l'empêcher de compromettre son patrimoine; c'est ce qui ressort des expressions employées par Ulpien, lorsque, reprenant les termes de l'Edit *(excutiendo verba)*, il rend hommage à la sagesse du Sénat « *Amplissimus ordo opem tulit mulieribus propter sexûs imbecillitatem... infirmitas feminarum auxilium meruit* ». On a donc voulu venir au secours de la femme; on a pensé qu'elle méritait des égards; qu'elle avait besoin de protection. Quant aux raisons mises en avant *(fragilitas, infirmitas sexûs)*, elles sont peut-être plus spécieuses que sérieuses;

(1) Les commentateurs sont loin d'être d'accord sur la date qu'il convient d'assigner au S. C. C'est ainsi qu'Heineccius (*Pandectes*, h. t. XVI-I, § 205, p. 374) veut que notre S. C. ait été rendu sous le règne d'Auguste; il se fonde sur deux inscriptions rapportées dans Grüter (*Corpus inscript.* t. II, p. 470, inscript. 1 et 2), desquelles il résulte que en l'année 763 de Rome, deux consuls, Lucius Silanus et Vellœus Tutor auraient occupé le consulat : ce seraient incontestablement les mêmes que ceux dont nous parle le texte, et il faudrait voir une simple faute de correction dans ce fait que Silanus y est dénommé sous le prénom de Marcus. Mais alors, comment concilier cette opinion avec les termes dont se sert Ulpien (L. II, h. t.) quand il nous dit que le S. C. a été rendu après l'édit de Claude.

Un autre auteur, Lauterbach veut que ce S. C. ait été rendu sous Néron; son opinion, comme on peut s'en convaincre, n'est pas plus admissible que la précédente.

car la femme étant assez intelligente pour faire ses propres affaires, on ne comprend pas, sans quelque difficulté, que cette capacité disparaisse quand il s'agit des affaires des autres, à moins, comme le prétendent certains auteurs (1), qu'on doive entendre par ces expressions qui reviennent sans cesse dans le langage des jurisconsultes romains comme une phrase de style, non pas tant une faiblesse d'intelligence qu'une certaine étourderie, une légèreté qui est l'apanage naturel de la femme; un penchant généreux, par suite duquel elle se laisse facilement aller à des actes qui sont ensuite pour elle l'occasion de graves dommages. Une raison peut-être plus sérieuse était le désir de favoriser les mariages, pour empêcher les femmes de tomber sous le coup des peines du célibat édictées par la loi Pappia-Poppœa. Or, comment atteindre ce but; comment la femme pourra-t-elle se marier, si ses biens sont affectés à la garantie d'une dette étrangère dont le paiement les absorbera peut-être tout entiers; où trouver cette dot qui est unie par de justes noces et la concubine (2) ? On comprend devenue désormais la seule marque de distinction entre la femme qu'une question de cette importance ait dû éveiller l'attention du Sénat. D'ailleurs, et à supposer que le motif de protection pour la femme n'ait pas été la raison déterminante, dans tous les cas et dans la pratique, un fait incontestable, c'est que la prohibition d'intercéder fut constamment interprétée en sa faveur : peut-être les jurisconsultes ont-ils pris ces mots du Sénat « *non sit æquum* » dans le sens « *d'équité* » en faisant ainsi bénéficier la femme.

D'un autre côté, avons-nous dit, la défense d'intercéder a été

(1) Glück. *Erlaüterung der Pandeckten* t. XIV, § 920, p. 449.

(2) Plaute, dans le *Trinummus*, nous montre à quel point une dot était devenue nécessaire pour contracter une union convenable. Il met ces paroles dans la bouche de Lesbonicus.

... ne mihi hanc famam differant
Me germanam meam sororem in concubinatum tibi,
Sic sine dote dedisse, magis quam in matrimonium.
(Acte III, scène 3, v. 746-748).

établie contre la femme, et dans l'intérêt de la morale publique. Ici quelques développements sont nécessaires pour montrer le besoin de réglementation qui chaque jour, se faisait plus impérieusement sentir, et qui s'imposait davantage au législateur, à mesure que les mœurs s'en allaient.

Un principe admis à Rome dès la plus haute antiquité, c'est qu'il est inconvenant et contraire à la pudeur qui sied au sexe féminin, que la femme se mêle aux actes de la vie civile : ces derniers sont plus spécialement réservés aux hommes. La place de la femme n'est pas au Forum ; elle est à la maison, au foyer domestique ; c'est là qu'elle pourra le plus utilement exercer une influence salutaire, sans que la morale publique ait à en souffrir ; c'est dans cette étroite sphère, que pourra avec le plus de profit pour la société, se mouvoir son activité.

Aussi longtemps que ce petit peuple de laboureurs et de guerriers se contenta de promener en Italie ses armes victorieuses, soutenant cette longue lutte pour l'existence qui devait durer plusieurs siècles, et reculant, au détriment des peuples voisins, ses limites devenues désormais trop étroites pour contenir les flots débordants de sa population, toute mesure législative fut inutile pour maintenir les femmes dans le devoir. L'austérité des mœurs y suffisait, et l'autorité eût inutilement franchi le seuil domestique pour venir imposer sa loi. Mais une révolution intérieure allait bientôt éclater, qui réclamerait l'intervention des pouvoirs publics, intervention qui devait, du reste, être à peu près inefficace, parce qu'elle était trop tardive, ou plutôt, parce qu'elle s'attaquait à un mal que les efforts d'un législateur sont souvent impuissants à réprimer : nous voulons parler de la dissolution des mœurs.

C'est que les Romains ne restreignirent pas toujours leurs conquêtes à la seule Italie. Poussés par l'esprit d'aventure, ils franchirent aussi les mers. La Grèce et l'Asie-Mineure vinrent

prendre rang parmi leurs plus belles colonies, et s'il faut en croire Polybe (1), c'est à partir de ces expéditions que leur pureté de mœurs disparut. Rome ne fit en cela qu'obéir à la loi générale. « Ce fut l'inévitable réaction du vaincu civilisé contre le conquérant barbare » (2).

Græcia capta ferum victorem cepit et artes
Intulit agresti Latio (3).

Assurément, Athènes transporta à Rome ses arts, ses sciences et sa littérature. Mais quelle en était alors la valeur? La parole n'était plus qu'un jeu (4), et c'est précisément, au moment où les sciences florissaient avec Aristote, que la corruption était à son comble. Puis Athènes y transportait aussi ses richesses et son luxe, et leur irruption subite au milieu d'une cité pauvre, sans industrie ni commerce, devait forcément occasionner un trouble profond, dans lequel devait sombrer cette antique pureté de mœurs qui pendant si longtemps avait soutenu l'État Romain (5). Et Porcius Caton semblait avoir prévu ce qui allait advenir de la République, lorsque pour défendre la loi Oppia contre laquelle devaient se briser ses efforts, il déplorait cet accroissement de bien-être qui lui arrachait ce cri de désespoir : « Ne dois-je pas craindre, qu'au lieu d'être les maîtres de ces richesses, nous en devenions les esclaves ».

C'est alors que la licence ne connut plus de bornes, et que les Romains s'abandonnèrent à toutes les extravagances de

(1) L. XVIII. 18.
(2) Duruy, *Hist. des Romains*, t. II. p. 3.
(3) Horace. *Epîtres*, L. II, épître I, à Auguste.
(4) Polybe, XVIII, 2, cité par M. Duruy.
(5) Moribus antiquis res stat romana virisque.
Vers d'Ennius cité par Cicéron *de rep.* L. V. pr. Le grand orateur ne peut assister insensible à ce changement qui s'opère sous ses yeux. L'État, dit-il, est sur la pente de sa ruine; les Romains en ont perdu la notion, et tout cela on le doit à la disparition des mâles vertus d'autrefois. « Verbum retinemus, rem ipsa vero rem jam pridem amisimus ». (De rep. *Loc. cit.*).

leurs mœurs dissolues. Les écrivains de cette époque, surtout les poètes satiriques, abondent en détails intimes, et assurément exagérés; mais, même en faisant la part de l'exagération qui marche forcément de pair avec la critique d'une époque, les charges à relever contre l'incriminé sont encore accablantes (1). Tout semblait conspirer pour laisser un libre cours à ce déchaînement de passions qui avait de préférence envahi la classe aristocratique. La classe moyenne, qui jadis avait fait la force de Rome et fondé sa liberté, venait en effet, de disparaître presque complètement, par suite d'un siècle de guerres continuelles, car c'était dans cette classe seule que se recrutaient les légionnaires. Après la conquête de la Grèce et de l'Asie, il ne resta plus que les deux termes extrêmes de la population : les nobles et les prolétaires, et dès lors, on comprend que les nobles n'ayant plus en face d'eux ces plébéiens avec lesquels il fallait autrefois compter, ce fut là un frein puissant enlevé à leur cupidité et à leurs déportements (2).

Naturellement, ce nouvel état de choses devait également atteindre toutes les parties de la société, aussi bien les femmes que les hommes; et ce sont même les premières, que les satiriques nous montrent de préférence dans leurs vers, pour les tourner en ridicule, peut-être pour cette raison, que le vice nous choque et nous répugne davantage venant de celles-ci, et que les conséquences de leurs irrégularités peuvent être plus graves. Leur luxe n'avait plus d'égal que leur débauche; de là, devait sortir cette législation multiple qui prend place dans un

(1) Martial ne se lasse pas dans ses Épigrammes de tourner les femmes en ridicule, et Juvénal leur consacre sa satire VI toute entière intitulée *mulieres*. Toute cette matière est longuement traitée dans l'ouvrage de M. Friedlœnder : *Sittengeschicht Roms*, t. I, liv. V.

(2) Duruy, *op. cit.* p. 49. On était en outre en présence d'une situation économique déplorable, produite par le discrédit du travail du sol qui se trouvait dans les mains d'un petit nombre de propriétaires. « *Latifundia perdidere Italiam* ». (Pline, *Hist. nat.* L. XVIII, VII, 6, al 3).

laps de temps relativement très court, tant les abus se précipitaient et réclamaient une répression immédiate : nous voulons parler des lois Papia-Poppœa, et Julia *de adulteriis* rendues sous le règne d'Auguste.

De plus, la puissance maritale et la puissance paternelle ont disparu par suite de l'introduction de la constitution de dot. Ici l'émancipation de la femme est à son comble. Jamais elle n'avait joui d'une si complète indépendance; elle n'est plus l'égale du père et du mari ; elle leur commande à l'un et à l'autre. En effet, le père est obligé de doter sa fille, et à la dissolution du mariage, il ne peut reprendre la dot qu'avec le consentement et le concours de sa fille. Cette dot reste désormais séparée et indépendante du patrimoine paternel, et le mari, de son côté, est sans cesse sous le coup d'une demande en restitution de la dot, à la suite d'un divorce, provoqué par la femme, sous le prétexte le plus futile (1). Dès lors on comprend que les femmes devaient s'abandonner à tous leurs caprices, et que l'étendue de leur capacité civile n'avait plus d'autres bornes que celles de leur propre volonté; elles se livrèrent aux genres d'opérations les plus divers, tellement que le législateur jugea à propos d'intervenir pour réagir contre cette trop grande liberté.

Le résultat que les mœurs d'autrefois suffisaient à atteindre, il faudra désormais le demander à la loi : ces dispositions sont basées sur des considérations d'intérêt public. La femme sera incapable des actes pour l'accomplissement desquels elle serait obligée de sortir de la réserve qui convient à son sexe; elle devra s'abstenir d'un rôle qui risquerait de faire courir de sérieux dangers à son patrimoine, « *officium in quo verseretur periculum rei familiaris.* » Elle pourra s'occuper de ses propres affaires; quant à celles d'autrui, les devoirs de son sexe s'opposent à ce qu'elle

(1) Cf. M. Gide, *op. cit.* p. 144 et seq.

y prenne aucune part : « *ne contra pudicitiam sexui congruentem alienis causis se immisceant...ne virilibus officiis fungantur mulieres* » (L. I. § 5. D. *de post.* III. I.). De là, la défense qui leur est faite de s'obliger pour autrui (sénatus-consulte Velléien), et, presque à la même époque, de postuler *pro alio* (L. I. supra (1). Ainsi donc, d'un côté un motif juridique, de l'autre un motif politique, telles sont, croyons-nous, les considérations qui ont dû peser sur la décision du Sénat (2).

(1) D'après Ulpien, cet Edit du prêteur aurait été provoqué par une certaine Carfania ou Afrania, parce qu'elle aurait manqué à la décence qu'il sied d'apporter devant la justice.

(2) Cette opinion est celle de MM. Accarias et Gide en particulier, et de M. Dubois (*Th. de doctorat*). Paris, 1860, p. 11 et seq.

CHAPITRE IV

DU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN — SON TEXTE — SON ÉTENDUE D'APPLICATION

Voici le texte du sénatus consulte Velléien tel qu'il nous a été conservé par Ulpien dans la L. 2 § 1 h. t.

Quod Marcus Silanus, et Velleius Tutor, consules, verba fecerunt de obligationibus fæminarum quæ pro aliis reæ fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt : quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fæminæ pertinet, tametsi antè videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit æquum, arbitrari senatum, recte atque ordinè facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re senatus voluntas servetur.

Sur la question de savoir ce qu'il fallait décider au cas d'obligations contractées par la femme pour le compte et dans l'intérêt d'autrui, sur la proposition des consuls M. Silanus et Velleius Tutor, le Sénat a rendu la décision suivante en ce qui concerne les fidéjussions et les *mutui dationes* pour autrui qui renferment une intercession de la femme, et pour confirmer sur ce point, la jurisprudence antérieure de laquelle il semble ressortir que dans ces divers cas on refuse toute action contre elle, par suite de cette idée qu'il n'est pas convenable pour la femme de s'occuper des affaires civiles, et de se trouver liée par des obligations de ce genre, le sénat est d'avis que les magistrats, appelés à se prononcer sur de semblables questions, agiront justement et avec sagesse en veillant à ce que sur ce point la volonté du sénat soit obéie.

Il résulte du texte de ce sénatus-consulte qu'il ne s'annonce pas comme une innovation. Il n'a pas pour objet de rompre

brusquement avec le passé, en un mot, il n'est pas le premier acte législatif rendu en cette matière, ou plutôt, il laisse à entendre que les questions qu'il a pour but de trancher, se sont déjà depuis longtemps présentées dans la pratique. La jurisprudence a eu maintes fois l'occasion de se prononcer sur des espèces similaires « *antè videtur ita jus dictum esse* » ; c'est cette jurisprudence antérieure qu'il entend simplement confirmer et codifier. Remarquons, en passant, le langage peu ferme et peu précis du sénat, qui ne ressemble en rien à celui d'un législateur qui commande, mais plutôt au langage d'une autorité qui donne des conseils « *uti in ea re senatus voluntas servetur* ». C'est qu'à l'origine, le sénat, simple corps consultatif, ne pouvait donner que des conseils. Lorsque le caractère de ses pouvoirs changea, il ne modifia point son style traditionnel, et ses ordres revêtirent la forme d'un vœu comme autrefois ses conseils.

Il est vraisemblable que cette jurisprudence elle-même n'avait d'ailleurs fait que généraliser l'application des Edits rendus sous les règnes d'Auguste et de Claude. Ces Edits visaient seulement l'intercession de la femme pour la dette de son mari « *ne fœminæ pro viris suis intercederent* »; ils avaient, comme on le voit, pourvu aux besoins les plus pressants en prohibant l'intercession dans le cas ou elle risquait d'être le plus fréquente, car ici, plus que partout ailleurs, il était à craindre que, par suite de son influence morale sur la femme, le mari la déterminât sans peine à se charger de sa dette pour augmenter son crédit. Quant aux motifs sur lesquels reposaient les édits d'Auguste et de Claude, c'était avant tout l'intérêt de la femme, ou plutôt de la dot. Ils avaient donc été rendus en faveur de la femme, et si nous avons cru pouvoir assigner le même esprit au s. c. Velléien, c'est que ce dernier eut pour effet d'absorber plutôt que d'abroger ces deux actes législatifs (1).

(1) Cf. M. Gide, *op. cit*. p. 154.

Dès lors, nous avons à constater une double extension, tant en ce qui concerne les personnes auxquelles l'intercession est prohibée, qu'en ce qui concerne celles pour qui il est défendu d'intercéder.

§ I. En ce qui concerne la personne de l'intercédant. — Le s. c. Velléien ne distingue plus entre la femme mariée et la femme non mariée; elles sont l'une et l'autre frappées de la même incapacité. Il ne se préoccupe pas non plus de la question de savoir si l'acte émane d'une femme veuve. Les textes se servent tour à tour des expressions *fœminæ*, *mulieres* (LL. 1 et 2 pr. et § 1 D. h. t.), et les jurisconsultes romains ont le soin de nous apprendre, que sous l'expression de *mulieres*, on entend une même catégorie d'individus : « *Mulieres enim omnes dicuntur quæcumque sexus fœmini sunt* » (L. 25 § 9 D. *de auro-argento* 34-2). La même idée ressort des LL. 81 § 1 D. *de leg.* 3°, 32 et 13. pr. D. *de verb. signif.* 50-16); donc la prohibition s'étend à toutes les femmes; elle est générale. « *Omnibus fœminis plenissimè subventum est* », dit Ulpien (L. 2 § 1 D. h. t.), et Cujas ajoute : « *sine discrimine, sine delectu* » (1).

§ II. En ce qui concerne la personne du débiteur. — Ici encore, généralisation du principe posé par les édits d'Auguste et de Claude. Ils défendaient à la femme d'intercéder pour son mari seul; dorénavant, elle ne pourra s'obliger pour aucun débiteur quel qu'il soit : « *ne pro uno fœminæ intercederent* » (L. 1 pr. D. h. t.); d'où il suit qu'elle fait un acte nul si elle intercède :

1° Pour son mari, son père, ou son fils (L. 2 § 5 D. h. t. (1); c'est au cas d'une défense en justice pour ces diverses personnes. Nous aurons plus loin l'occasion de constater une exception à ce principe, et nous verrons que la femme ne peut invoquer

(1) Cujas in libro 30 *Pauli ad Edictum*, t. V, col. 417 D.

(1) La même idée est reproduite au code LL. 3, 5, 6 § 1, 7, 8, 14, et 15 h. t. 4-29.

l'exception du s. c. bien qu'il y ait réellement intercession; c'est au cas où elle se présente en justice pour une *causa liberalis* qui intéresse ces membres de sa famille, ou lui permet *pietatis causâ* de *litigare de libertate*; c'est l'hypothèse prévue par la L. 3 § 2 D. *de lib. caus.* 40-12.

2° Pour une autre femme : « *tam pro viris quam pro fœminis* » (Paul. *Sent.* II. 11). Du reste, en l'absence même d'un texte, on serait amené à conclure dans le même sens, car l'expression « *pro ullo* » de la loi 1, désigne également les deux sexes : « *Pronunciatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur* » (L. 195 D. *de verb. signif.* 50-16).

3° Pour l'esclave d'autrui. Ce qui prouve qu'il y a intercession c'est que celle-ci est rescindée par le juge, et qu'on rend au créancier son action primitive qu'il exercera maintenant contre le maître de l'esclave (LL. 9 et 32 in fine D. h. t.).

4° Pour son propre esclave (L. 25 § 1 D. h. t.). La femme s'est portée fidéjusseur pour son esclave; ce texte nous dit qu'elle pourra invoquer l'exception du s. c. Nous verrons qu'il en serait différemment si elle avait en intervenant agi dans son propre intérêt.

5° Pour un pupille qui s'est obligé sous l'*auctoritas* de son tuteur. Mais il n'y a intercession que si le pupille a retiré de son opération un enrichissement, car ce n'est qu'à cette condition, qu'il peut être obligé envers le créancier quand cette *auctoritas* lui a fait défaut (L. 8 § 15 D. h. t.).

6° Pour un mineur de 25 ans. Ce même texte lui permet d'invoquer l'*in integrum restitutio;* c'est donc qu'il suppose que le créancier a exercé contre lui des poursuites par une action qui n'a pu naître efficace en la personne de la femme. « *Actio institutoria, quæ instituit magisquam restituit obligationem* ». La loi VIII § 15, dans les deux espèces que nous venons d'analyser, vise le cas où la femme s'est obligée direc-

tement envers le créancier pour prévenir l'obligation du pupille ou du mineur (une *mutui datio pro alio*). Le créancier n'a pas contracté avec eux; pour lui, ce sont des étrangers à la dette. Si donc on lui permet d'agir contre eux, c'est une preuve que l'intercession existe, et qu'elle est nulle.

Nous avons ainsi déterminé les personnes à qui il est défendu d'intercéder, et celles pour lesquelles il est défendu de s'obliger dans cette forme. Mais l'intercession suppose une obligation à trois termes; en outre d'un débiteur, il faut un créancier, et c'est précisément le fait de se porter intermédiaire entre ce débiteur et ce créancier qui constitue l'intercession. Nous avons donc à rechercher quels sont les créanciers auprès desquels il est interdit à la femme de se porter *intercessor*.

§ III. EN CE QUI CONCERNE LA PERSONNE DU CRÉANCIER, la prohibition est encore générale et absolue. C'est ainsi que la femme ne peut s'obliger :

1° Auprès d'un pupille. Nous savons qu'en matière de tutelle, le pupille a une créance future contre le tuteur qui a géré son patrimoine pendant sa minorité. La loi VI § 2, h. t. au code, qui est un rescrit d'Alexandre Sévère suppose que la mère a demandé au magistrat des tuteurs pour ses enfants et qu'elle s'est portée caution pour ces tuteurs « *sponte periculum suscepit* », voulant ainsi prémunir le pupille contre l'insolvabilité éventuelle de ces derniers au moment de la reddition des comptes. Il est déclaré dans cette loi, que la mère pourra invoquer l'exception du S. C. Velléien. Toutefois, si le décret de nomination des tuteurs, rendu par le magistrat, portait la mention expresse « *si decreto specialiter fuerit comprehensum* », que les tuteurs ont été donnés aux risques et périls de la mère, le S. C. ne s'appliquerait pas, et l'intercession serait valable « *ex ea obligatione obstricta sit mater* » : c'est une décision des empereurs Dioclétien et Maximien (L. III, c. *si mat. ind.* 5-46).

2° Auprès d'un mineur de 25 ans. C'est l'hypothèse prévue par la L. 12, D. *de minor.* 4-4. Une femme intercède pour autrui auprès d'un mineur; on refusera à celui-ci toute action contre la femme qui se trouvera armée de l'exception S. C. Velléien. Le mineur ne perdra rien, car on lui rendra l'action contre le débiteur primitif, mais une condition indispensable est exigée, c'est que ce débiteur soit solvable « *hæc, si solvendo sit prior debitor* », autrement, la femme ne pourra opposer l'exception. Deux incapables se trouvant en jeu, il fallait que l'un des deux fut sacrifié; la situation du mineur a été jugée la plus digne d'intérêt; c'est lui qu'on a préféré.

3° Auprès d'un esclave. Papinien dans la loi XXVII § 1, h. t. suppose des esclaves préposés à un négoce. Dans l'exercice de ces fonctions, ils se trouvent traiter en qualité de créanciers avec un tiers, et, à la place de ce débiteur, ils acceptent la femme intervenante « *personam mulieris ut idoneæ sequuntur* ». Lorsque le *dominus* poursuivra la femme, celle-ci le repoussera par l'exception tirée du S. C. Mais dès lors, dira-t-on, est-ce que nous ne nous trouvons pas en contradiction avec la règle d'après laquelle la situation du maitre ne peut être rendue pire par le fait de l'esclave placé sous ses ordres, principe consacré par la L. 133 D. *de diversis, reg. juris* 50-17? Nullement, dit Papinien. La condition du maitre n'est pas rendue plus mauvaise; elle n'est pas améliorée, voilà tout : « *nihil est domino quæstum* ». Absolument, comme au cas où l'esclave a acheté un fonds litigieux ou un homme libre; sa condition n'est pas rendue plus mauvaise, parce qu'il recouvre l'action qu'il a manqué d'acquérir contre le débiteur pour lequel la femme s'est obligée; elle n'est pas améliorée, parce qu'il a manqué d'ajouter ou de substituer à la garantie du premier débiteur, celle qui serait résultée pour lui de l'obligation de la femme, si cette obligation eût pu naitre valable.

Voyons maintenant les cas où le S. C. Velléien trouve son application. Le principe, c'est qu'il faut qu'il y ait intercession; mais nous aurons l'occasion de constater, que si d'un côté, il n'y a pas d'application possible du Velléien sans intercession, d'un autre côté, le Velléien est loin de s'appliquer toutes les fois qu'il y a intercession : ce seront ces derniers cas qui constitueront les exceptions au S. C.

A. — Cas dans lesquels il y a intercession et où par conséquent le S. C. s'applique.

Si nous transportons ici les règles que nous avons posées dans la partie de notre thèse traitant de l'intercession en général, nous dirons que pour qu'il y ait intercession dans le sens du S. C. Velléien, il faut :

1° Que la femme s'oblige;

2° Qu'elle s'oblige pour autrui, c'est-à-dire qu'elle prenne à sa charge la dette d'autrui;

3° Qu'elle s'oblige pour un tiers auprès d'un autre tiers; en d'autres termes, il faut qu'elle traite avec le créancier;

4° Qu'en tout cela, elle agisse dans l'intérêt d'autrui et non dans son intérêt personnel.

Toutes les fois que ces conditions se trouveront réunies, la femme (sauf dans les cas exceptionnels que nous aurons à signaler plus loin) pourra bénéficier du privilège sous lequel l'abrite la décision du Sénat. Mais en l'absence de l'une quelconque de ces mêmes conditions, l'obligation par elle contractée sera inattaquable; elle ne pourra se prévaloir de la nullité comme ayant agi contrairement au S. C.

Quelle que soit la forme d'intercession adoptée par la femme. son intervention est également réprouvée. La loi 2 § 4, D. h. t. ne laisse aucun doute à cet égard « *omnis omnino obligatio S. C. Vell° comprehenditur; sive verbis, sive re; sive quocumque alio contractu intercesserint (fœminæ)* », et lorsque

le texte du S. C. se contente de mentionner les *fidejussiones*, et les *mutui dationes pro alio*, il veut simplement dire par là, qu'il prévoit tout aussi bien les intercessions non apparentes que les intercessions apparentes. C'est que, nous l'avons déjà fait observer, il n'existe aucune forme de contrat fonctionnant essentiellement comme moyen de réaliser une intercession ; et, d'un autre côté, il n'y en a aucun qui ne puisse fonctionner à ce titre. Dès lors, il fallait renfermer la prohibition, dans des termes assez larges pour que toute espèce de doute disparût, si on venait à se trouver en présence de quelque contrat s'offrant sous des dehors embarrassants. La seule différence qui pourra résulter de la forme employée, c'est que si la femme s'est obligée dans l'un des modes ordinaires d'intercéder, l'intercession pourra être présumée jusqu'à preuve contraire, tandis que si la forme que revêt cet acte est douteuse, la femme sera obligée pour appuyer sa demande en nullité, de prouver qu'il y a réellement intercession. En dehors de cette considération, la question ne nous semble présenter aucun intérêt pratique.

Pour ne pas répéter ici une énumération inutile des actes qui peuvent cacher une intercession, nous nous contenterons d'analyser les cas visés directement dans les textes du Digeste et du code relatifs à notre sujet.

C'est d'abord l'hypothèse où la femme se porte *expromissor* dans une *defensio pro alio* (L. 2. § 5. D. h. t.). Le jurisconsulte Ulpien nous dit expressément que cet acte constitue une intercession « *sed etsi mulier defensor alicujus exstiterit procul dubio intercedit* », pour cette raison bien simple, que la femme en défendant *pro alio* sera condamnée à la place de cette partie si elle succombe dans l'instance « *quippe cum ex ea re subeat condemnationem* », et Ulpien en tire immédiatement cette conséquence, que la femme ne pourra défendre en justice, ni pour son mari, ni pour son fils, ni pour son père. Ajoutons que

c'est même un cas d'intercession privative, car la personne, pour laquelle défend la femme, se trouve, du même coup, être libérée par la *litis-contestatio*.

C'est ensuite le cas d'*interrogatio in jure*. La femme est interrogée *in jure* sur sa qualité d'héritière, et elle répond de bonne foi « *se heredem esse* », alors qu'elle n'est pas héritière (L. 23. D. h. t.). L'erreur dans laquelle elle est tombée ne lui préjudiciera pas. On lui permet d'invoquer l'exception du s. c., mais si elle avait fait cette déclaration de mauvaise foi, sachant que l'hérédité lui était étrangère, il n'y aurait pas lieu de venir à son aide; elle devrait supporter les conséquences de son dol « *decipientibus mulieribus s. c^{tum} auxilio non est* »

Toujours dans le même ordre d'idées, Ulpien rapporte l'espèce suivante (L. 26. h. t.). Une femme, « *intercedendi animo* » répond en justice que l'esclave d'autrui lui appartient : il faut supposer pour comprendre cette hypothèse, que cet esclave a commis un délit, et que, par suite, la partie lésée pour pouvoir exercer l'action noxale a besoin de savoir quel est le maître véritable de l'esclave. Il y a encore ici intercession privative car le véritable propriétaire de l'esclave est libéré.

Il semble qu'il y ait antinomie entre cette loi 26 et la L. 23 ci-dessus. Dans la loi 26, nous venons de voir, en effet, que si la femme, dans l'intention d'intercéder, répond en justice que l'esclave d'autrui lui appartient, elle pourra invoquer l'exception du s. c.; et, dans la L. 23, nous lisons que lorsqu'elle répond faussement « *se heredem esse* », elle est au contraire valablement obligée par son dol; mais cette antinomie n'est qu'apparente. Supposons, en effet, que dans la L. 23, le demandeur vint à connaitre la véritable situation, cela suffirait pour exclure l'obligation de *dolo* dont est tenue la femme qui a répondu *se heredem esse;* or, c'est le cas rapporté dans la loi 26 sous les expressions « *intercedendi animo* ». Il n'est pas possible de scruter les

3

pensées les plus intimes et les plus cachées de la femme; elles sont dépourvues de toute marque apparente. Le créancier se contente bien plutôt de peser l'intention d'intercéder qu'a pu laisser percer la femme, et cet examen ne tarde pas à l'édifier sur la vraie nature de l'obligation qu'elle a contractée. Il sait qu'elle a intercédé, il ne peut donc pas arguer de ce qu'il a été trompé par la défenderesse, et le sénatus-consulte reprend son empire (1).

Il y a intercession quand la femme promet de rendre indemne le tuteur qui veut se faire excuser de la tutelle parce qu'il craint que son recours contre le pupille par l'action *tutelæ contraria* soit plus tard illusoire (LL. 6 § 1. c. h. t. et 1 c. *si mat. ind.* 5-46 (2). De même, lorsque la mère demande au préteur de nommer à son fils tel ou tel tuteur de la gestion duquel elle répond, « *spontè periculum suscepit* », ce sont des intercessions cumulatives. Dans le premier cas, la femme s'oblige envers le tuteur pour le pupille; dans le second cas, à l'inverse, elle s'engage envers le pupille pour le tuteur. Si le décret portait que le tuteur a été donné aux risques et périls de la mère, nous avons déjà vu que le s. c. ne s'appliquerait pas (L. 3. c. *si mat*).

La femme, qui constitue sur ses biens un droit de gage ou d'hypothèque pour la dette d'autrui, fait une intercession nulle : c'est ce qui ressort de la L. 8. pr. D. h. t. : « *Quamvis pignoris datio intercessionem faciat,* » dit Ulpien. La même idée est reproduite au code (LL. 5 et 7 h. t.). Une femme consent à ce que son mari, pour garantir une dette qui lui est personnelle, « *proprium debitum* », constitue un droit de gage sur les biens de la femme; celle-ci ou ses héritiers seront fondés à opposer l'exception du s. c., mais à une condition : c'est que le créancier

(1) Bachofen, *Ausgewahlte Lehren des romisches civilrechts*, p. 41.

(2) On pourrait rapprocher de ces textes, celui de la L. 19. § 5. D. h. t. cependant Africain n'ose pas se prononcer catégoriquement pour l'intercession : « *Prope est ut sit intercessio* », dit-il.

ait su que les biens donnés en garantie appartenaient à la femme.

Enfin, la femme intercède, lorsqu'étant créancière d'une certaine somme à la garantie de laquelle elle s'est fait accorder un droit de gage ou d'hypothèque sur les biens de son débiteur, elle consent à céder son rang à un tiers qui est devenu par la suite son créancier (1). C'est la décision donnée par le L. 17 § 1. D. h. t. qui, pour son intelligence, demande quelques développements.

Il faut supposer qu'une femme a reçu de son mari un gage pour sûreté :

1° De la restitution de la dot;

2° Et du remboursement d'une créance née au profit de la femme pour une cause quelconque; pour argent prêté, par ex.

Les choses se trouvant en cet état, le mari veut emprunter de Primus une somme d'argent dont ce dernier ne consent à se défaire que sur gage bon et valable. Le mari lui déclare alors que tout ce qu'il peut faire, c'est de lui donner en garantie les biens déjà affectés à la créance de sa femme, de sorte que Primus se trouvera venir ainsi au deuxième rang. Primus va trouver la femme qui reste muette en ce qui concerne sa créance résultant du prêt d'argent fait à son mari, et ne parle que de la créance dotale; alors Primus consent à accepter pour gage les biens que lui a offerts le mari, seulement, pour se ménager une position plus avantageuse, il a soin de désintéresser la femme du chef de sa créance dotale, « *curat ei pecuniam dotis solvi* », et dès lors, il a tout lieu de se croire seul créancier hypothécaire. A quelque temps de là, la femme fait valoir l'action servienne à raison de sa deuxième créance dont elle a caché l'existence au nouveau créancier. Si Primus lui répond par l'exception tirée de

(1) Cette opération par laquelle le créancier cédait son droit d'antériorité, portait le nom de *pectum de post ponendo*.

la convention de gage « *si non voluntate ejus pignus datum esset* », la femme ne pourra pas opposer la réplique du sénatus-consulte. Est-ce à dire que nous ne nous trouvions pas en présence d'une intercession? Non assurément : Le motif sur lequel Africain base le refus de la réplique, c'est que la femme a trompé le créancier en lui faisant une déclaration entachée de fraude. Aussi, a-t-il soin d'ajouter, que dans le cas où Primus aurait su que les biens du mari garantissaient une deuxième créance au profit de la femme « *nisi creditor scisset aliam pecuniam ei deberi* », la réplique du s. c. serait donnée à la femme; ce qui veut dire, que dans cette hypothèse, il y aurait intercession, et que le s. c. s'appliquerait dans toutes ses conséquences. C'est qu'en effet, ce ne serait plus le créancier qui verrait sa situation compromise, mais la femme qui se serait fait illusion sur l'étendue des sûretés protégeant sa créance.

B. — Cas où il n'y a pas intercession, et où, par suite, le s. c. ne s'applique pas.

Reprenons une à une les conditions requises pour qu'il y ait intercession, et nous verrons qu'en l'absence de l'une quelconque de ces conditions, l'acte souscrit par la femme subsistera dans toute sa valeur.

Première et deuxième Condition. — Il faut que la femme oblige sa personne ou sa chose, et qu'elle les oblige pour autrui. S'obliger pour autrui, c'est consentir à ce que tous les effets de l'obligation qui auraient pesé sur cette personne débitrice, retombent désormais soit exclusivement, soit subsidiairement, sur la personne qui s'oblige à sa place ou à côté d'elle, mais de telle manière cependant, que le tiers intercédant ait toujours eu l'intention d'exercer son recours contre le débiteur pour lequel il a intercédé. La caution veut bien rendre un service, mais elle ne veut pas que ce service se change pour elle en un sacrifice absolu. Si elle paie, elle entend être dédommagée par le débi-

teur ; elle n'a pas eu l'intention de lui faire un don, et cependant, est-elle sûre de pouvoir exercer un recours efficace? Mais ces considérations viennent rarement à l'esprit de la personne intercédante, au moment du contrat. D'ailleurs, elle a toute confiance dans la loyauté du débiteur; elle sait que la prospérité de ses affaires est pour elle un sûr garant de solvabilité, et que, si pour le moment, il se trouve dans une situation critique, son activité et son intelligence surmonteront les difficultés présentes, et que le sacrifice qu'elle va s'imposer pour venir en aide au débiteur, s'analysera bientôt pour celui-ci en une augmentation de capital. Dès lors, pourquoi hésiterait-elle à se porter garante de ce débiteur? Qu'aurait-elle à risquer? Évidemment, en intercédant pour lui, elle ne court aucun danger. Son intercession ne lui coûtera rien; il n'est même pas à présumer qu'elle ait jamais à répondre aux poursuites du créancier, car celui-ci trouvera chez le débiteur satisfaction suffisante; et d'ailleurs, à supposer qu'elle soit obligée d'exercer son recours contre le débiteur, sa probité seule suffirait pour ne pas la faire revenir sur sa décision première. Mais souvent, ce ne sont là que des illusions qui s'évanouissent au moment où le créancier, voulant réaliser sa créance, est obligé de poursuivre. C'est alors, surtout si son recours est devenu illusoire, que la caution sent la portée de l'acte qu'elle a le plus souvent souscrit à la légère.

Dans l'intercession, le danger consiste donc en ceci : c'est qu'on est d'autant plus facilement porté à s'obliger pour autrui, qu'au moment même où il s'oblige, l'intervenant n'a rien à débourser. Il ne fait rien sortir de son patrimoine actuellement : Quelques paroles solennes prononcées, puis libre à lui d'oublier sa promesse jusqu'au jour où le créancier vient la lui rappeler. Et un autre danger qui n'est pas moins redoutable, c'est que l'intercédant ne peut mesurer d'ores et déjà l'étendue de son obligation. Peut-être ne lui en coûtera-t-il rien; peut-être, au

contraire, toute sa fortune sera-t-elle absorbée par cette opération qui, au premier abord, lui a semblé absolument gratuite. Ce n'est que plus tard que cette question s'éclaircira; c'est contre l'incertitude résultant d'une obligation à échéance plus ou moins éloignée qu'il fallait prémunir la femme; c'est aussi dans ces mêmes limites qu'on lui interdit de s'obliger.

D'où il suit, que toutes les fois que la femme interviendra dans un acte dont elle peut dès maintenant prévoir les conséquences, sur l'issue duquel il ne peut régner aucun doute dans son esprit, un acte qui compromettrait même de la façon la plus directe le sort de son patrimoine, nous devrons reconnaître qu'elle avait le droit de contracter, et qu'elle a agi valablement : « *non quæ diminuit restituitur* » (L. 8. § 5 in fine D. h. t.). C'est ainsi qu'il lui est permis d'aliéner même dans l'intérêt d'autrui, et, par suite :

1° De faire une donation (LL. 4. § 1. in fine et 21. § 1. D. h. t.). C'est que le s. c. a eu en vue la femme qui s'oblige et non celle qui fait une libéralité : « *obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti* ». La donation se traduisant par un appauvrissement actuel et immédiat de la donatrice, on n'avait pas à craindre qu'elle donnât sans réflexion et d'une manière inconsidérée : elle devait trouver un frein suffisant dans son seul intérêt. Chaque aliénation par elle faite, se manifestant dans la disparition de son patrimoine des objets aliénés, elle serait donc la première à ressentir la perte qu'elle subirait. Si la femme ne peut intercéder, c'est que la loi a voulu prévenir les actes auxquels elle croit qu'on est plus porté à souscrire : « *lex arctius prohibet quod facilius fieri putat* »; pour les aliénations se présentant sous la forme de donations, il n'y avait pas ici le même écueil à éviter, et la L. 4. § 1. in fine h. t. ne fait qu'exprimer cette idée quand elle dit : « *facilius se mulier obligat quam alicui donat* ».

2° De payer la dette d'autrui avec l'argent provenant de la

vente de ses biens, car en payant la dette d'autrui, la femme ne s'oblige pas, mais elle fait, au contraire, une donation ou oblige les autres envers elle. Et peu importe, de quelle façon se sera opéré ce paiement : que la femme ait réellement compté les espèces au créancier « *pecuniam numeret* », ou qu'elle ait donné *in solutum* tout ou partie de ses biens (L. 5. D. h. t.). La loi 4 in f. au code permet également à la femme majeure de 25 ans de vendre ses biens immeubles, et d'en employer le prix à éteindre une dette de son mari.

3° De déléguer son débiteur au créancier en faveur duquel elle veut intercéder. C'est l'hypothèse prévue par les LL. 5 et 8. § 5. D. h. t. Au lieu de toucher le prix de l'aliénation de sa chose pour le verser ensuite entre les mains du créancier, la femme lui délègue son acheteur. C'est que la délégation fait fonction de paiement : « *solvit enim et qui reum delegat* ». Toutefois, la L. 32. § 2. D. h. t. semble être en contradiction avec la loi 8. § 5. ci-dessus. Voici l'espèce qui y est rapportée par Pomponius, et dans laquelle ne s'aperçoit pas tout d'abord l'idée de délégation. Une femme vend au créancier de son mari ou au créancier d'un tiers (même loi in fine), un de ses fonds de terre, et leur en fait tradition, en spécifiant que cette tradition vaudra libération du débiteur, et que le créancier lui fera acceptilation de sa dette. Dès lors, le créancier sera dispensé de compter à la femme son prix d'acquisition qu'il sera censé se payer à lui-même pour se rembourser de sa créance. D'où l'on voit, que c'est absolument comme si la femme déléguait son acheteur au créancier du mari, ou du tiers obligé : son acheteur, dans l'espèce, réunissant la double qualité de débiteur du prix et de créancier de ce tiers. Or, voyons quelle est la solution donnée par le jurisconsulte. Il déclare que le s. c. sera applicable, ce qui veut dire en d'autres termes, qu'il y a intercession, et, si à l'action en revendication de la femme, le créancier acheteur oppose l'exception *rei venditæ et*

traditæ, la femme la paralysera par la réplique « *aut si ea venditio contra s. c*[tum] *facta sit* » (1).

Pour concilier ces deux textes, on a prétendu que dans la loi 32, la vente et la délégation faites par la femme avaient pour but d'amener à exécution une intercession antérieurement opérée, et comme les moyens employés ne sauraient avoir plus de valeur que la fin qu'ils se proposent, il devait forcément en résulter que cette vente et cette délégation tomberaient comme l'intercession qui n'en était que le but. Peut-être serait-il plus raisonnable de ne voir dans ces solutions contradictoires qu'une divergence d'opinion entre les jurisconsultes romains. C'est la solution que sembleraient commander les termes peu affirmatifs dont se sert Gaïus dans la L. 5 lorsqu'il dit : « *non puto s. c. t*° *locum esse* ».

4° La femme peut se laisser déléguer au créancier de son propre créancier (LL. 24. p. D. h. t. et 2 in fine c. h. t.). C'est qu'en effet, sa situation ne sera nullement modifiée par cette opération. Elle ne fera que changer de créancier, car elle sera libérée vis-à-vis du délégant qui est son propre créancier, et comme le délégué ne saurait être tenu envers le délégataire « *in duriorem causam* » qu'envers le délégant, il en résulte que la femme a connu, dès le moment du contrat, l'étendue de sa nouvelle obligation.

Une remarque qui s'applique à tous ces cas de délégation, c'est que dans l'hypothèse où la femme délègue son débiteur au créancier d'autrui, il faut que ce délégué soit bien réellement le débiteur de la femme (LL. 8, §§ 4 et 6; et 29, § 1, D. h. t.); car, nous disent les textes, il y aurait autrement violation des dispositions du S. C. et cette violation aurait pour effet d'armer

(1) Pour comprendre que la femme puisse exercer l'action en revendication, il faut supposer qu'il s'agit d'un fonds italique dont elle a fait tradition, mais qu'elle n'a pas mancipé à l'acheteur.

le débiteur délégué de l'exception du S. C. : nous verrons, en effet, qu'on le traite comme un fidéjusseur de la femme « *quemadmodum mulieris fidejussor* ».

5° Se porter *expromissor* pour un débiteur qu'elle veut gratifier. Nous avons vu cependant, que l'*expromissio pro alio* était un mode d'intercession, et même que lorsque la femme avait contracté dans cette forme elle était présumée intercéder. Notre proposition semble donc en contradiction avec ce principe, mais cette contradiction n'est qu'apparente. En effet, pourquoi l'*expromissio pro alio* suppose-t-elle une intercession ? C'est que l'*expromissor* entend se réserver un recours contre le débiteur dont il a pris l'obligation à sa charge; et c'est justement pour éviter à la femme les déceptions qui pourraient en résulter pour elle, lorsque plus tard elle voudrait exercer ce recours devenu peut-être inefficace, que le législateur lui défend de se porter *expromissor pro alio*. Mais si au contraire, elle entend d'ores et déjà renoncer à toute voie de recours contre le débiteur; si en un mot, elle agit *animo donandi*, elle sait parfaitement à quoi s'en tenir pour la suite. Son appauvrissement est actuel et immédiat; c'est à elle de savoir si elle doit ou non souscrire à un tel acte.

Faudrait-il donner la même solution au cas où la femme se porterait *fidejussor animo donandi?* Voici quelles sont les raisons de douter. Dans le cas d'*expromissio*, il ne reste plus qu'un seul débiteur, le nouvel obligé; dans l'espèce, la femme; dans le cas de *fidejussio*, au contraire, un nouveau débiteur vient se joindre au premier. Or, du jour où l'*expromissio* a été réalisée, il y a eu donation irrévocable faite par la femme à l'ancien débiteur qui ne sera plus poursuivi; dans la *fidejussio*, au contraire, la donation ne s'est pas formée : elle ne sera parfaite que le jour où la femme poursuivie par le créancier aura éteint l'obligation en désintéressant ce dernier. Jusqu'à ce

moment, on peut dire que la donation faite par la femme n'a pu profiter au débiteur principal, puisque le créancier peut, et doit même le poursuivre préalablement à la femme. Or, s'il n'y a pas eu donation, la femme ne peut avoir fait qu'une intercession tombant sous le coup du S. C. Velléien. Ces considérations sembleraient donc devoir nous amener à conclure que nous sommes en présence d'une intercession, et que, même *animo donandi*, la femme ne peut se porter *fidejussor*. Cependant, nous croyons qu'il faut donner ici la même solution que dans le cas d'*expromissio :* en effet, la femme savait parfaitement qu'elle pourrait être poursuivie par le créancier ; et d'un autre côté, elle savait également, et dès le jour du contrat, que par sa renonciation à toute voie de recours, elle s'exposait à payer pour le débiteur principal et sans dédommagement possible. C'est donc en connaissance de cause qu'elle a agi ; il nous semble donc que son engagement doit subsister dans toute sa force.

6° La femme peut faire remise à son débiteur du gage qu'elle en a reçu (L. 8, pr. D. h. t.), parce que cet acte ne constitue pas de sa part une obligation, mais un sacrifice. Aussi avons-nous vu, que si au lieu de faire remise du gage, elle cédait son rang à un créancier inférieur, les jurisconsultes romains y voyaient une intercession : c'est qu'ici la femme compromet l'efficacité de ses garanties sans pouvoir apprécier la portée de son acte (1). Elle peut encore renoncer à l'hypothèque qu'elle a sur les biens du mari, même pendant la durée du mariage (LL. 11 et 21 c. h. t.). Cette dernière loi qui est un rescrit de l'empereur Anastase décide même que cette disposition aura un effet rétroactif, et s'appliquera à tous les cas de ce genre qui

(1) Ce sont probablement des considérations du même genre qui avaient dicté la loi Julia *de adulteriis et fundo dotali* qui permettait au mari de vendre le fonds dotal avec le consentement de la femme, mais lui défendait de l'hypothéquer même avec ce consentement (Inst. *quib. al. lic. vel non,* II-8 pr.).

auront antérieurement pu faire difficulté, et qui n'auron pas encore à ce moment là reçu une solution définitive : « *His omnibus, ad præteritos nihilominus contractus pro negotiis et controversiis nec dum transactionibus, vel definitis sententiis, seu alio legitimo modo sopitis, locum habituris* ».

Il faut pour qu'il y ait intercession, que la femme garantisse ou prenne à sa charge l'obligation d'autrui : il n'y aura donc pas intercession dans l'hypothèse suivante indiquée dans la L. 8. § 1, D. h. t. Des tuteurs sont sur le point de vendre les immeubles appartenant à un mineur. La mère du pupille intervient, et, sur sa promesse de les indemniser si plus tard ils sont recherchés pour ne pas avoir satisfait à la loi, les tuteurs ne vendent pas ces biens. Papinien, dont Ulpien rapporte l'opinion, ne pense pas qu'il y ait intercession, parce que, dit-il, la femme n'a pas pris à sa charge une obligation étrangère; elle a elle-même fait naître cette obligation : « *Nullam enim alienam obligationem recepisse, neque veterem, neque novam se.l ipsam fecisse hanc obligationem* ». Aussi, les tuteurs pourront-ils, sans se voir repousser par l'*exceptio*, s. c. t. agir en indemnité contre la mère.

Le cas rapporté dans la L. 19 § 1. D. h. t. ne renferme pas davantage une intercession. Sur le mandat de la veuve, le tuteur fait abstenir le pupille d'une hérédité. Si le pupille en subit un préjudice, il aura son recours contre la femme. Si au lieu d'une renonciation, il s'agissait d'une adition d'hérédité, l'héritier qui s'y serait décidé sur le mandat de la femme, et qui aurait à souffrir de l'insolvabilité des débiteurs de cette hérédité ne pourrait pas davantage se voir opposer le s. c., car, dit Africain, la femme en intervenant n'a pas entendu prendre à sa charge les obligations de ces débiteurs, et garantir leur solvabilité, mais bien plutôt rendre l'héritier indemne, et le protéger contre les recours du pupille et des autres créanciers. De même, il n'y a pas inter-

cession dans la L. 6 pr. c. h. t. où la mère voulant administrer elle-même les biens du pupille son fils, promet garantie au tuteur; elle sera tenue envers ce dernier *ex stipulatu*, et envers le pupille, par l'action *negotiorum gestorum*.

Troisième Condition. — Il faut que la femme traite avec le créancier.

Elle peut donc s'obliger pour autrui si elle ne s'engage pas envers telle personne déterminée. D'où il suit :

1° Qu'elle peut acheter une hérédité déférée à autrui; et cela, quelque soit le dommage subi par suite de l'insolvabilité des débiteurs de cette hérédité, et quelques sacrifices qu'elle soit obligée de s'imposer pour désintéresser les créanciers (LL. 13 pr. et 19. § 3. D. h. t.). Les dettes tombent bien à sa charge, mais comme elle ne traite pas directement avec les créanciers, son obligation est valable.

2° Qu'elle contracte valablement dans l'hypothèse prévue par la L. 19 p. h. t. : un tuteur décède laissant Titius pour héritier institué; celui-ci hésite à faire adition craignant que la tutelle ait été mal gérée; mais, sur les instances de la mère du pupille dont le *De cujus* avait eu la tutelle, et sur la promesse qu'elle lui fait « *indemnem se eo nomine præstari* », Titius se décide à faire adition. Si plus tard il est poursuivi par le pupille *tutelæ nomine*, il se retournera contre la mère qui ne pourra lui opposer l'exception du s. c.; car ainsi que le fait remarquer Africain, on a de la peine à voir une intercession dans le fait de s'obliger auprès d'un débiteur pour ce même débiteur. Le créancier et le débiteur ne seraient plus qu'une seule et même personne: celui que la femme a voulu garantir serait en même temps celui qui se trouve exposé au recours du pupille; or, l'intercession est une obligation à trois termes (intercessor, débiteur et créancier); ici, nous n'en avons que deux : « *Quando vix sit, ut aliquam apud eumdem pro eo ipso intercisse intelligi possit.* »

3° Elle peut faire adition d'une hérédité, bien que par cet acte, elle se charge de la dette d'autrui, car elle prend sur elle les dettes du défunt envers les créanciers héréditaires (L. 32 pr. D. h. t.). Mais de même que dans la L. 19. § 2, nous avons vu qu'elle ne s'obligeait pas pour les débiteurs de l'hérédité, de même ici, nous pouvons dire qu'elle ne s'oblige pas auprès des créanciers de cette même hérédité ; elle ne traite pas avec eux. Il y aurait peut-être une seconde raison pour écarter le s. c. : c'est que la femme a géré sa propre affaire. — Toutefois, si elle avait fait adition, cédant à des menées frauduleuses des créanciers, elle pourrait se prévaloir de l'exception : « *Nisi si fraude creditorum id conceptum sit* ».

Quatrième condition. — Il faut que la femme se soit obligée dans l'intérêt du débiteur, et non dans son propre intérêt.

Lors donc qu'en s'obligeant, elle n'aura eu en vue que son propre intérêt, ou lorsque le résultat de l'opération aura tourné à son avantage, le S. C. sera inapplicable : les textes en fournissent de nombreux exemples.

Quelquefois à première vue, *prima facie*, l'engagement pris par la femme semble consister en une obligation incombant à autrui ; mais, en y regardant de plus près, on s'aperçoit qu'en réalité, *reverà*, elle n'a fait que gérer sa propre affaire. C'est ce qui a lieu :

1° Lorsqu'elle défend en justice à une action intentée contre une personne qui, si elle venait à être condamnée, aurait un recours contre elle ; par exemple, elle a défendu son fidéjusseur (L. 3, D. h. t.).

2° Lorsqu'elle emprunte une somme d'argent « *tanquam in usus suos* », et qu'elle la prête ensuite à un tiers (L. 11, D. h. t.). Décider autrement, dit Paul, ce serait dépasser le but du S. C. ; personne ne voudrait plus contracter avec la femme, car enfin on ne peut savoir ce qu'elle veut faire des deniers empruntés.

Il faut bien entendu que le créancier soit de bonne foi, c. à. d. qu'il ignore la destination de ces deniers, qu'il croie que la femme emprunte pour elle.

3° Au cas où une esclave promet une somme d'argent à son maître s'il veut l'affranchir. Cette obligation étant contractée pendant que la femme est en état de servitude, celle-ci, une fois affranchie, n'en serait pas tenue; aussi fournit-elle à son maître un *expromissor* qui s'oblige à sa place. Sur cette garantie le maître donne la liberté à la femme, et Gaius nous dit que, si cette dernière prend à sa charge la dette incombant de son chef à cet *expromissor* le S. C. ne s'appliquera pas. C'est qu'ici elle se charge bien plutôt d'une obligation qui lui est personnelle que d'une obligation étrangère; elle contracte dans son propre intérêt (L. 13, pr. D.).

4° Titius et une femme empruntent *correaliter* une somme d'argent pour une affaire commune, et dans des circonstances telles, que si le créancier avait refusé de prêter, la femme aurait subi un préjudice plus considérable que le sacrifice qu'elle s'impose par ce contrat (c'est par ex. pour réparer une maison indivise avec Titius et qui eût péri sans cette réparation; ou encore, c'est pour empêcher la confiscation d'un fonds également indivis). Dans ces deux hypothèses, la femme ne sera pas réputée avoir fait une intercession pour la part incombant à Titius. Comme le dit M. Demangeat (1), « l'esprit ne pouvant pas concevoir qu'on répare une maison pour une moitié indivise, si Sempronia n'avait emprunté que 50 (alors que 100 étaient nécessaires), elle n'aurait pu avec cette somme empêcher la perte de sa chose ». Mais si l'argent emprunté avait servi à payer une chose que Titius et la femme ont acheté en commun, la solution devrait être différente : la femme serait considérée

(1) Des oblig. solid. en dr. rom. p. 344 et seq.

comme ayant intercédé pour la part revenant à Titius, et si le créancier lui réclamait le tout, elle le repousserait par l'exception du S. C. (L. 17, § 2, D. h. t.). C'est que la femme n'a pas un intérêt propre à ce que Titius paie au vendeur la part dont il est tenu. Ne payât-il pas, elle a toujours droit à la moitié de l'objet acheté; mais son intérêt se borne précisément à cette moitié indivise, seulement, si Titius ne paie pas, la femme se trouvera dans l'indivision avec le vendeur au lieu de l'être avec Titius (1). On peut rapprocher de cette espèce celle de la L. 18 où Titius et une femme s'obligent *correaliter* en qualité d'*expromissores*.

5° Lorsque elle se porte *fidejussor* pour son propre esclave, mais qu'en intervenant, elle ne fait que gérer sa propre affaire : « *Nisi, pro suo negotio hoc fecerit* ». De même, si elle a donné ordre à cet esclave d'emprunter : « *si servo credi jusserit* » (L. 25 pr. et § 1, D. h. t.). Ces actes seront valables, et dans ce dernier cas, la femme sera tenue de l'action *quod jussu*.

6° Une femme qui doit une certaine somme à Titius et qui de son côté, est créancière d'une autre personne, délègue cette troisième personne sa débitrice, à son mari; puis, elle charge son mari de payer cette somme entre les mains de Titius créancier de la femme. Si alors elle s'oblige envers son mari pour lui garantir la solvabilité de la débitrice qu'elle lui a déléguée, Papinien dit qu'il n'y aura pas lieu d'appliquer le S. C. : parce que, ajoute-t-il, « *mulier suum negotium gessit* ». Si en effet, elle s'est obligée d'un côté, il faut bien reconnaître qu'elle s'est libérée de l'autre; dans notre espèce, elle s'engage auprès de son mari, mais en même temps elle se libère envers Titius (L. 27 § 2. D. h. t.).

7° Enfin, la femme n'intercède pas, lorsqu'elle reçoit du débiteur pour lequel elle s'oblige, la contre-valeur de son obli-

(1) E. Dubois. *Thèse de Doctorat,* p. 51.

gation ; elle ne pourra pas repousser les poursuites du créancier qui en demande l'exécution. En effet, dit Julien, elle ne peut s'exposer à perdre cette somme puisqu'elle en est déjà en possession. Peu importe le moment où la femme a été indemnisée de son engagement; que ce soit avant, ou en même temps qu'elle s'oblige, comme dans la loi 22, ou après son intervention, pourvu que ce soit antérieurement aux poursuites du créancier comme dans la loi 16, pr. Ajoutons encore la loi 21 pr. où la somme que la femme a payée pour autrui a tourné à son profit : pas d'intercession, « *quia non fit pauperior* ».

Il faut rapprocher de ces deux lois 16 et 22 la loi 23 au code de Justinien 4-29, dont les dispositions sont semblables mais plus explicites. Cette loi semble avoir été rendue précisément pour trancher les difficultés qu'avait dû soulever l'application de ces mêmes lois 16 et 22. On avait pu en effet se demander combien la femme devait recevoir du débiteur pour être obligée, et ensuite quels seraient les moyens à employer pour démontrer que la femme avait reçu un équivalent de son obligation; et une preuve que ce devaient être là des points faisant difficulté dans la pratique, c'est qu'ils sont visés directement par Justinien dans le pr. de cette loi 23.

Voici quelles sont les décisions qui semblent se dégager du verbiage ampoulé de l'empereur bysantin.

S'il est démontré que la femme a reçu *quelque chose* pour prix de son intercession, elle ne sera plus recevable à invoquer le s. c. Velléien, elle sera définitivement obligée. « *Sive ab initio, sive postea* aliquid *accipiens, ut sese interponat: omnimodo teneri* ».

Et maintenant, comment démontrera-t-on que la femme a reçu *aliquid ?*

De deux choses l'une : ou bien il y a eu rédaction d'un acte public signé de trois témoins, dans lequel la femme a déclaré avoir reçu quelque chose, et, cet acte fait alors absolument foi

des déclarations qui y sont contenues « *omnimodo esse credendum* »; ou bien l'acte qui renferme l'intercession n'a pas été entouré des formalités précédentes, ou encore, il n'y a pas eu d'écrit. C'est alors au créancier à démontrer que la femme a réellement reçu *aliquid* pour prix de son intercession. S'il fait cette preuve, la femme est obligée « *repellitur a s. c*[ti] *juvamine* »; s'il ne peut le prouver, la femme invoquera avec succès le s. c., et le créancier recouvrera son action contre celui pour qui la femme à intercédé, et au cas où il ne l'aurait jamais eue, on la lui donnera « *vel ei actionem parari* ».

Mais si cette loi a eu pour objet de faire disparaitre des difficultés d'interprétation, il s'en faut de beaucoup que son interprétation elle-même n'ait pas soulevé de difficultés parmi les commentateurs. Que devra être cet *aliquid* dont la femme devra avoir été indemnisée? Quel en sera le montant? Les uns (1) demandent un dédommagement égal à l'obligation contractée et laissent la chose à l'appréciation du juge, qui doit prendre en considération la situation du débiteur, les raisons de la dette et le mode d'intercession, et voir si sous ces apparences, il ne se cache pas un acte frauduleux de la part du débiteur, et si le dédommagement qu'a reçu la femme est proportionné au danger qu'elle a couru. D'autres, au contraire, tiennent pour suffisant un dédommagement quel qu'il soit, fût-il même dérisoire (2). Nous croyons que c'est cette dernière opinion qu'il faut adopter, et que les termes employés par Justinien « *aliquid* » sont assez larges pour commander cette interprétation. Seulement, qu'il nous soit permis de faire observer que cette disposition, jointe

(1) Wissembach. *Comment. in cod. ad leg.* 23 h. t. — Thibaut. *Sytem des Pandecktenrichts*, 2e p. § 947, lit. G. : cités l'un et l'autre par Glück, *op. cit.* t. XV, § 924, p. 30.

(2) Doneau. *Comment. de dr. civil.* L. XII, c. 32 § 6, col. 751. — Voët *Comment. ad pand.* h. t. t. 8 § 11 : ce dernier auteur s'exprime ainsi : « *Quantumcumque illud fuerit (pretium) sive majus, sive exiguum* ».

à celle qui tient pour irréfragable la déclaration faite par la femme, qu'elle a effectivement reçu quelque chose pour intercéder, lorsque cette déclaration a été faite dans certaines conditions déterminées, fournissait un moyen assez pratique d'éluder le S. C. Velléien.

Nous trouvons dans cette L. 23 § 1, une disposition qui parait étrange et même peut-être inexplicable. La femme reçoit une valeur quelconque pour prix de son intercession. Justinien nous dit qu'elle ne pourra invoquer le S. C. « *Nullus pateat aditus ad S. Cti auctoritatem* », et le créancier pourra la poursuivre. Jusque là, rien de contraire aux nouvelles dispositions que vient d'édicter cet empereur. Mais, ajoute-t-il, le créancier aura le droit de réclamer à la femme tout ce qu'elle pourra donner; pour le surplus, il se retournera contre l'ancien débiteur, et même au cas d'insolvabilité absolue de la femme, l'ancien débiteur se verra réclamer la totalité de la dette. Il semble que la femme, en s'obligeant à la place du débiteur, soit désormais chargée seule de la dette, et que le débiteur soit libéré. Au contraire, Justinien nous le présente comme étant tenu de l'obligation accessoirement à la femme. Cette solution ne nous semblerait pas pouvoir se justifier, même dans le cas d'intercession cumulative principale ou accessoire, c'est-à-dire au cas où la femme se serait obligée *correaliter* avec le débiteur, ou en se portant son *fidejussor*.

Nous venons de voir les cas où le S. C. Velléien ne peut trouver son application, parce qu'on n'est pas en présence d'une véritable intercession. L'opération faite par la femme manque de quelqu'une des conditions requises pour qu'elle puisse se prévaloir de la nullité de son acte; elle reste valablement obligée envers le créancier. Nous allons voir maintenant des cas où il y a réellement intercession, mais où, en présence de certaines considérations que nous aurons à déterminer, le S. C. ne trouve

pas son application parce que le législateur l'a décidé ainsi (ce qui ressort de ces expressions que nous rencontrons dans les textes : « *S. C^tum tacere imperantes; omni auctoritate velleiani in hac causa cessante* » (LL. 24, 25, c. h. t.); en un mot, c'est des exceptions au S. C. que nous allons nous occuper.

CHAPITRE V

DES EXCEPTIONS AU SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

On peut grouper sous trois chefs principaux les motifs sur lesquels sont fondées les exceptions au S. C. Elles prennent naissance : tantôt dans la cause même de l'intercession; tantôt dans la position du créancier; tantôt dans un fait personnel à la femme. Nous allons examiner ces différents cas.

§ I. Exception au S. C. fondée sur la cause de l'intercession. — L'obligation de la femme est valable, et celle-ci ne peut invoquer le S. C.

1° Lorsqu'elle intercède *pro libertate*, c. a. d. lorsque elle s'oblige auprès du *dominus* pour que celui-ci confère la liberté à l'un de ses esclaves. C'est Justinien qui en décide ainsi dans la L. 24. c. h. t. « *rectè omnimodo tenebitur* ». Il serait contraire à la piété que le maître eut donné la liberté à son esclave, et se trouvât ainsi à jamais privé de ses services, sans recevoir en échange ce que lui a promis la femme; d'ailleurs, s'il n'y avait pas compté, il n'aurait pas affranchi son esclave. Ces motifs ne sont peut-être pas des plus concluants, et il vaut mieux rattacher cette décision à un désir de multiplier les affranchissements en les rendant plus faciles.

2° La femme est encore obligée lorsqu'elle intercède *pro dote*, c'est-à-dire pour procurer les deniers qui doivent servir à doter sa fille, ou même une personne qui ne lui est attachée par aucun lien de parenté. De bonne heure, la jurisprudence avait admis la validité de l'obligation de la mère intercédant pour la dot de

sa fille; et si ce principe fut reconnu, ce n'était point qu'on y vit une obligation civile, mais plutôt une obligation morale découlant pour la femme de sa qualité de mère : c'est *pietatis causa* qu'on l'admit (1); puis d'un autre côté, il fallait favoriser les unions, et la fille sans fortune était, nous le savons, d'un placement difficile. Cette jurisprudence fut confirmée par un rescrit des empereurs Valérien et Gallien qui forme la loi 12 au code de Justinien. h. t. Cet empereur étend la décision précédente à la femme qui dote même une autre fille que la sienne : « *pro qualibet muliere spoponderit* » (L. 25. c. h. t.). Il suffira que l'*intercessor* soit majeure de 25 ans, et que la femme dont elle veut garantir la dot ne soit pas une de ces personnes avec lesquelles le mariage est défendu (2). On n'a pas seulement à combattre la rareté des mariages; il faut aussi se prémunir contre la dissolution de ceux qui ont été contractés; or, la non-prestation de la dot promise peut servir de point de départ à une demande en divorce. On en diminuera les chances en augmentant les moyens de garantir la dot : le s. c. sera sans application.

3° En général, lorsqu'elle est guidée par l'intérêt de ses affections; quand elle accomplit en s'engageant pour autrui un devoir de piété. Les textes en donnent plusieurs exemples : LL. 21. § 1. h. t; 41 *de proc. et def.* 3-3.

Enfin, nous avons déjà vu que le préteur peut *causa cognita*, l'admettre à défendre en justice, pour son mari ou l'un de ses cognats, dans un procès sur leur qualité d'esclave ou d'affranchi (L. 3 § 2 et 3. D. *de lib. causa* 40-12), mais il faut, comme dans le cas précédent, qu'il ne se présente personne pour jouer le rôle de défendeur. Nous avons vu également, que dans le cas de

(1) « *Mater hoc debet filiæ suæ* », dit Doneau, *op. cit.* t. 8, col. 195 ad. leg. 12 h. t.

(1) En effet, dans ce cas, le mariage serait nul; il n'y aurait plus de dot; par suite, l'utilité de la garantie disparaîtrait en même temps (Just. *de nuptiis*, I-10 § 12).

tutelle dative, si la mère veut que le tuteur qu'elle désigne au magistrat soit nommé, et si le décret du prêteur fait mention expresse qu'il a été donné aux risques et périls de la mère, celle-ci ne peut invoquer le s. c.

§ II. Exceptions au s. c. fondées sur la position du Créancier. — 1° Lorsque le créancier est un mineur de 25 ans, et que le débiteur pour lequel la femme s'est engagée est insolvable. A raison de ce fait, elle ne pourra pas se prévaloir de la nullité de son intercession; on n'a pas voulu que la créance du mineur fût compromise (L. 12 D. *de min.* XXV annis 4-4).

2° Lorsque le créancier est de bonne foi. Mais quand dirons-nous que le créancier est de bonne foi? Cette question est des plus délicates et mérite d'arrêter un instant notre attention.

La bonne foi consiste pour le créancier à croire que la femme agit dans son propre intérêt, et non dans l'intérêt d'autrui, en un mot, à ignorer qu'elle intercède; elle suppose une erreur de fait. Sa bonne foi doit même être présumée *à priori*; car, du moment où le créancier est censé ne pas ignorer l'existence du privilège dont la femme intercédante est couverte par le s. c., il est assez logique de penser que s'il a traité avec elle, c'est qu'il espérait pouvoir ramener son engagement à exécution. On ne peut imaginer qu'il ait voulu s'exposer gratuitement à faire un acte nul dont il sera le premier à sentir la portée. On ne contracte pas pour le seul désir de contracter; encore veut-on que l'acte auquel on souscrit produise les effets que la loi y attache. C'est ce qui nous explique pourquoi l'exception du s. c. ne peut être opposée au créancier que s'il a connu l'intercession, ou si son erreur à cet égard a été inexcusable (LL. 12. D. et 1. c. h. t.). A l'inverse, nous dirons que le s. c. ne s'appliquera pas lorsque le créancier a ignoré l'intercession, ou lorsque naturellement il n'a pu la connaître.

Mais si la bonne foi du créancier suppose une erreur de fait,

c'est que cette erreur a été provoquée par la femme; elle a son origine dans une tentative frauduleuse de la part de cette dernière d'éluder le s. c. En effet, que doit rechercher la femme? de multiplier le plus possible les cas d'application du s. c. puisqu'elle trouve dans cet acte législatif tout un système de protection organisé à son profit. Le créancier, au contraire, a intérêt à faire écarter l'application du s. c. afin que sa créance ne se trouve pas compromise. Nous avons en présence deux intérêts rivaux; il fallait les sauvegarder dans la mesure du possible, mais la situation du créancier qui contractait de bonne foi, devait évidemment être préférée à celle de la femme qui avait tenté de tromper le créancier.

Toute la question se réduira donc à ceci. Le créancier a-t-il connu ou a-t-il ignoré le fond de l'affaire? S'il l'a connu, par son acquiescement, il a déclaré vouloir se soumettre à toutes les conséquences juridiques découlant du s. c.; s'il l'a ignoré ou si son erreur à cet égard a été invincible, il serait inique de le rendre responsable des suites d'un acte qu'il n'a pas voulu faire.

Cette tentative de fraude faite par la femme aura toujours lieu par personne interposée, soit que la femme contracte elle-même en paraissant agir dans son propre intérêt, quand en réalité, elle agit dans l'intérêt d'autrui; soit qu'une autre personne intercède pour elle et sur son mandat.

Examinons quelques-unes des espèces directement visées par les textes.

1° Cas où la femme agit elle-même comme personne interposée. — Une femme veut emprunter une certaine somme. Le créancier qui a tout lieu de supposer qu'elle agit dans son propre intérêt, et qui ignore la véritable destination des deniers, lui prête la somme demandée, mais celle-ci, au lieu de les employer à son usage, les donne à Titius (L. 4. pr. et § 1. D. h. t.). Ulpien nous dit que le s. c. ne s'appliquera pas « *cessat s. c*[tum] ».

Dans l'hypothèse de la L. 11. D. h. t. où la femme prête à autrui les deniers qu'elle vient de se procurer « *tamquam in usus suos* », il y va même de l'intérêt des femmes d'en décider ainsi, autrement, dit Paul, personne ne voudrait contracter avec elles. Le créancier peut ne pas savoir l'usage qu'elles veulent faire des deniers empruntés; son ignorance est excusable.

Ces divers exemples sont des cas de *mutui dationes pro alio* (1). *Ab initio*, le créancier contracte avec la femme, et l'acte ainsi conclu ne devient une véritable intercession que par la collusion du créancier. La femme en intervenant a empêché le créancier de traiter avec le débiteur auquel les fonds étaient réellement destinés, et cette destination, le créancier l'a absolument ignorée. On ne peut donc pas dire que ce soit sa faute s'il y a intercession; on ne pouvait exiger de lui qu'il se livrât aux investigations les plus minutieuses. D'ailleurs, comment pourrait-il deviner l'intention de la femme? Il suffira que le créancier ait de puissants motifs de croire que la femme emprunte pour son propre compte pour qu'il ait droit à la protection de la loi. Ces considérations vont nous servir à expliquer l'antinomie qui semble exister entre les solutions données par les LL. 4 et 11 que nous venons d'analyser et la loi 17, pr. D. au même titre.

Africain y examine l'espèce suivante. Un mari voulant faire donation à sa femme, lui vend pour 1,000, ce qui en réalité vaut 10,000; puis il délègue ces 1,000 à Secundus auquel il les doit; la femme est chargée de les lui payer. Que va-t-il se

(1) Il y a *mutui datio pro alio* dans l'hypothèse suivante : vous avez besoin d'une somme d'argent, et vous désirez me l'emprunter; mais craignant un refus possible de ma part, fondé sur ce que je ne vous connais qu'imparfaitement, vous vous adressez à Tertius qui jouit auprès de moi d'un certain crédit, et vous le priez de m'emprunter la somme dont vous avez besoin. Tertius y consent, je lui prête les écus, et il vous les remet. Dès lors Tertius est obligé envers moi pour une opération qui ne doit lui être d'aucun profit : son acte est une intercession en votre faveur auprès de moi créancier.

passer? Si le créancier du mari demande à la femme son paiement, elle peut lui opposer l'exception du S. C., quand bien même, ajoute le jurisconsulte, le créancier aurait pu croire que la femme était réellement débitrice du mari, et pour exprimer la même idée sous une autre forme, quand bien même le créancier aurait été de bonne foi. C'est que d'abord, la vente est nulle comme cachant une donation déguisée; par suite la femme n'est pas obligée. Elle n'a jamais dû le prix de la vente que lui a consentie le mari, de sorte que cette créance qu'on délègue n'existe pas; et si on permet à la femme d'opposer l'exception, ce n'est point que le créancier ne soit pas de bonne foi (le texte suppose qu'il croyait à l'existence de la créance de la femme), mais plutôt parce qu'il s'est rendu coupable d'une erreur inexcusable. Il ne tenait qu'à lui de se renseigner sur la situation de la personne qui lui était déléguée; l'important pour lui était de savoir si réellement la femme était débitrice de son mari, et dans l'espèce qui nous est soumise, il devait se demander pourquoi elle prenait à sa charge la dette de celui-ci; il a été négligent. Et Africain a soin de nous prévenir que cette solution ne contredit pas celles que nous avons données au cas de *mutui datio*, où on rejette l'application du S. C. si le créancier a été de bonne foi. C'est qu'il importe beaucoup de distinguer entre le cas où la femme contracte *ab initio* avec le créancier, et celui où la femme prend à sa charge une obligation étrangère (par délégation, comme dans l'exemple proposé). Dans le premier cas, le créancier pour employer l'expression de Cujas (1), peut ne pas être trop exigeant « *curiosior* »; dans le second cas, il doit être plus circonspect « *tunc enim diligentiorem esse* ».

Un texte qui semble encore en contradiction avec le principe

(1) *Op. cit. ad Africanum*, tract. IV, t. I, col. 1300. B.

d'après lequel le créancier de bonne foi ne peut se voir opposer le S. C., c'est la L. 13, c. h. t. Dans ce rescrit, les empereurs Dioclétien et Maximin décident que dans le cas où la femme emprunte une somme d'argent et où cet argent est employé soit en totalité, soit en partie à l'usage personnel du mari, la femme ne peut invoquer le S. C. quand même le créancier aurait connu les motifs qui ont poussé la femme à contracter. Il semblerait qu'on dût décider que le S. C. s'appliquera; ce n'est cependant pas la solution donnée par ce texte. Nous croyons que si le S. C. ne s'applique pas, ce n'est point parce que nous nous trouvons dans le cas d'une exception à la règle, mais parce que il n'y a pas intercession véritable. Il s'agirait bien plutôt d'un contrat que, d'après sa promesse, la femme conclut pour elle et en son propre nom; elle affirme au créancier que c'est bien pour elle qu'elle vient d'emprunter (les expressions « *juxta fidem veri* » ne semblent pas signifier autre chose). Et maintenant, que cet argent soit employé de telle manière que le profit de l'opération retombe sur le mari (on répare par ex. un de ses immeubles en ruine), cela importe peu. Peu importe même que le créancier connût l'intention de la femme ; la loi ne défend pas à la femme de s'obliger pour elle; il ne lui est donc pas défendu d'employer l'argent emprunté à tel usage que bon lui semble.

Toujours dans le même ordre d'idées, nous citerons la L. 28 § 1. D. h. t. Un mari qui a pris à loyer un immeuble appartenant à Sempronius affecte, à la garantie du paiement régulier des loyers, un fonds appartenant à sa femme. A quelque temps de là, celle-ci emprunte à Numérius, avec hypothèque sur ce même fonds, une somme d'argent dont elle se sert aussitôt pour désintéresser Sempronius des termes échus du loyer. Y aura-t-il application du s. c.? Oui, répond Scœvola, mais à une condition : c'est que le créancier ait su que la femme intercède. Donc, si le créancier avait été de bonne foi, c. à. d. s'il avait ignoré l'inter-

cession, le s. c. ne s'appliquerait pas. On peut rapprocher de cet exemple ceux donnés par les LL. 7 et 11 au code h. t.

Cependant les textes nous signalent un cas où le créancier pourra se voir opposer le s. c., bien qu'il ait ignoré que l'acte consenti par la femme cachait une intercession : c'est dans l'espèce rapportée par Africain à la L. 19, § 5. D. h. t.

Primus a Titius pour débiteur. Une femme désirait intercéder auprès de lui pour ce débiteur; mais Primus connaissant les rigueurs du s. c. ne veut pas accepter l'intervention de la femme. Celle-ci me demande de lui prêter la somme nécessaire pour désintéresser le créancier entre les mains duquel elle la versera à l'instant même. Ne sachant pas ce qu'elle veut en faire, j'accède à sa demande ; elle me promet cette somme par stipulation, et elle me charge de compter les espèces à Primus; seulement, comme je n'ai pas en caisse la somme voulue, je la promets à Primus sur sa stipulation. Il y a ici deux promesses, l'une de la femme envers moi, l'autre faite par moi-même envers Primus. La première question à résoudre est celle-ci : Lorsque je demanderai à la femme l'exécution de sa promesse, pourra-t-elle me repousser par l'exception du s. c.? Au premier abord, la négative semble admissible, car j'étais de bonne foi ; il ne m'était pas possible de connaître l'emploi que voulait faire la femme des fonds prêtés. Mais, dit Julien (qui rapporte l'opinion d'Africain en l'acceptant en tous points), « prenons garde qu'on peut m'assimiler, avec beaucoup de raison, à un fidéjusseur de la femme ». Or, quelle serait la situation de ce fidéjusseur? Il pourrait, nous le verrons plus loin, opposer l'exception au créancier même au cas où il n'aurait pas su que la femme intercédait; mais il n'aurait pas contre la femme l'action de mandat. Dès lors, si je suis traité comme ce fidéjusseur, il faudra me refuser toute action contre la femme, mais m'accorder une exception utile que j'opposerai avec succès à l'action *ex stipu-*

latu intentée contre moi par Primus ; et cela, si je me suis aperçu avant de payer, que la femme avait intercédé pour Titius.

Mais si j'ai payé avant d'être instruit du fond de l'affaire, quelle va être ma situation, et quelle va être celle du créancier? Pourrai-je me voir opposer par la femme l'exception du s. c.; pourrai-je de mon côté réclamer à Primus, par la *condictio indebiti*, la somme que je lui ai payée? Julien hésite; il se demande si on ne pourrait pas me considérer avec quelque raison comme ayant prêté moi-même *ab initio* les écus à la femme, et comme ayant emprunté ensuite à mon tour à Primus ; il cherche à donner à l'espèce proposée toutes les apparences qu'elle aurait réellement si j'étais un débiteur délégué par la femme, et à écarter ainsi l'application du s. c. (nous savons, en effet, qu'il n'y a pas intercession quand la femme délègue son débiteur au créancier). Mais je ne suis pas plus un débiteur de la femme qu'on ne peut qualifier de délégation l'ordre qu'elle m'a donné ; c'est pour cela qu'Africain ne pousse pas son assimilation jusqu'au bout et qu'il retire cet argument « *quæ posteà non rectè comparari ait* », et en effet, s'il y avait délégation, la femme ne serait plus obligée; dès lors, comment pourrait-elle encourir quelque risque? Il faut donc reconnaître que dans l'espèce proposée, la femme a réellement pris à sa charge l'obligation d'autrui. Elle repoussera mon action par l'exception tirée du s. c. Velléien, mais en revanche, j'aurai la *conditio indebiti* contre le créancier. Cette décision est donnée, malgré ma bonne foi, alors même que j'ai ignoré l'intercession; c'est donc, comme nous l'avions annoncé, une exception au principe déjà posé.

2° Cas où une tierce personne agit pour la femme et sur son mandat comme personne interposée. — Dans la L. 6. D. h. t. Ulpien nous propose l'espèce suivante. Une personne s'est portée *defensor* d'un absent ; la mère de l'absent donne mandat à des

tiers de se porter *fidejussores* du *defensor* (1). Il s'agit de savoir si ces fidéjusseurs pourront opposer le s. c., tout comme l'aurait pu la femme si elle était intervenue en personne. Ils auront ce droit, dit Pomponius, dont Ulpien rapporte l'opinion; et il ne faut pas prendre en considération ce fait qu'ils ont intercédé pour le *defensor;* c'est, en réalité, par suite d'un ordre de la mère et sur son mandat qu'ils sont intervenus. Mais, ajoute-t-il aussitôt, il n'en sera ainsi que dans le cas où le créancier savait parfaitement que les fidéjusseurs avaient reçu mandat de la femme. S'il l'a ignoré, s'il a été de bonne foi, le créancier les repoussera par une *replicatio doli*.

Une femme pour ne pas se porter elle-même *intercessor* donne mandat à un tiers d'agir à sa place : celui-ci pourra-t-il bénéficier du s. c.? La raison de douter, pour Pomponius, vient de ce que le texte de ce s. c. ne vise nulle part le mandataire de la femme; il se contente de dire qu'on refusera l'action contre la femme. Ce jurisconsulte s'arrête à la distinction suivante : Ou bien le créancier avait connaissance du mandat donné par la femme, et c'est précisément pour écarter celle-ci de l'opération et dans l'espoir de se ménager un recours plus efficace, qu'il a accepté pour obligé le mandataire de la femme (car il connaît la protection dont le s. c. couvre celle-ci); dans ce cas, il sera repoussé par l'exception comme ayant agi en fraude du s. c., ou bien au contraire, il est de bonne foi, il n'a pas connu l'existence de ce mandat, et alors le mandataire sera obligé envers lui. Quant à ce dernier, il se trouvera le plus souvent être de mauvaise foi, et il sera repoussé par la femme quand il voudra intenter contre elle l'*actio mandati*.

§ III. Exceptions au s. c. fondées sur un fait de la femme. —

(1) Pour garantir les *cautio judicatum solvi* et *de rato* dont est tenu tout *defensor* qui se présente pour autrui (L. 40, § 2. D. *de defens*, 4-4.).

Pour pouvoir invoquer le s. c., la femme ne doit pas avoir agi dans une intention frauduleuse : « *Eis subvenit si non callidè sint versatæ* », dit Ulpien (L. 2. § 3. D. h. t.).

C'est en vertu de ce principe que dans la L. 17 § 1 déjà étudiée, on refuse à la femme ce bénéfice. Elle a trompé le créancier sur l'étendue des créances que lui garantit un immeuble appartenant au mari, et sur lequel celui-ci donne une sûreté à ce créancier pour un emprunt qu'il vient de souscrire. Ajoutons la loi 23. D. h. t. où dans une *interrogatio in jure*, la femme répond : « *Se heredem esse* », alors qu'elle sait parfaitement qu'elle est étrangère à l'hérédité.

Mais il s'en faut de beaucoup que le dol de la femme se présente toujours avec un caractère aussi net, et la question de savoir s'il y a dol peut quelquefois faire difficulté. Ainsi dans la L. 5. c. h. t. une femme laisse son mari affecter à sa dette et comme lui appartenant en propre, des objets qui en réalité appartiennent à la femme, et celle-ci n'en avertit pas le créancier. Ce texte décide que la femme a voulu tromper le bailleur de fonds, et que par suite, elle ne pourra pas invoquer le s. c. : « *Quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum est.* »

Faut-il aller plus loin, et dire qu'il suffira pour obliger valablement la femme qu'elle n'ait pas averti le créancier de la situation toute exceptionnelle qui lui est faite par le s. c.; qu'elle ait eu connaissance de son privilège ? En un mot, suffira-t-il qu'elle ait commis sur ce point une simple réticence ? Nous ne croyons pas qu'on puisse aller jusque-là sans méconnaître les intentions du Sénat; autant vaudrait dire alors que le s. c. ne s'appliquera jamais, car il arrivera rarement à la femme de ne pas être instruite du privilège particulier dont la couvre la loi. C'est bien cependant la solution qui semble ressortir de la loi 30 pr. D.: « *Si decipiendi animo, vel cum sciret se non teneri* »; mais la négative est généralement enseignée par les auteurs. M. Bacho-

fen, qui examine la question (1), fait d'abord remarquer qu'on met sur la même ligne la *deceptio creditoris*, et la *scientia mulieris* et qu'on les englobe sous l'expression générique de dol. Mais qu'est-ce que cette connaissance qu'a la femme ? Ce n'est pas, dit M. Bachofen, *scientia mulieris s. c^to tutam fore*, mais *scientia non teneri ;* ce n'est pas la connaissance qu'elle a du privilège du s. c., mais du manque de sanction de l'obligation qu'elle va contracter, absolument comme dans le cas de la L. 23 ci-dessus, la *scientia* de la femme, c'est « *se heredem non esse* ». Il ajoute que le jurisconsulte Paul ne se préoccupe nullement de rechercher si la femme connaît ou ne connaît pas la situation exceptionnelle qui lui est faite, et il conclut en disant que la connaissance du velléien ne renferme jamais à elle seule une *deceptio creditoris*, MÊME au cas où la femme joint à cette connaissance de protection une intention frauduleuse. Il nous semble que cet auteur fait une distinction qui a pour but de séparer deux choses qui au contraire sont inséparables. C'est justement parce que la femme connaît son privilège qu'elle sait que son contrat ne l'obligera pas, et qu'elle peut s'engager impunément; l'un est la conséquence de l'autre, elle a confiance dans l'appui de la loi « *scit se non teneri.* »

Nous serions plutôt tenté d'expliquer la L. 30 de la manière suivante. On peut envisager deux hypothèses bien distinctes, dans lesquelles l'obligation contractée par la femme renferme de la part de cette dernière une intention de tromper le créancier. La femme veut intercéder pour autrui et elle déguise son intercession sous la forme d'un contrat qu'elle conclut dans son propre intérêt; la femme veut contracter dans son propre intérêt, et elle déguise ce contrat sous la forme d'une intercession *pro alio.* La loi 30 aurait voulu prévenir la situation suivante. La femme espère tromper le

(1) *Op. cit.*, p. 43.

créancier (que nous supposons toujours de bonne foi), c.-à-d. qu'elle veut, sous les apparences d'une intercession pour autrui, cacher un acte dont en réalité elle doit seule bénéficier, et cela, parce qu'elle sait parfaitement que si elle peut faire passer cet acte pour une intercession, elle ne sera nullement tenue par son obligation *(sciret se non teneri)* et pourra en demander la nullité, bien qu'en définitive, elle ait retiré tous les avantages de cet acte. Il y a dol de la part de la femme d'agir de la sorte; il fallait que la loi déjouât ses projets, et alors, la femme qui espérait « *se non teneri* », verra toutes ses tentatives de fraude renversées par la L. 30. pr. On ne tiendra pas compte de la forme employée; il suffira que le créancier ait cru qu'elle agissait pour son propre compte, et on refusera l'*exceptio s. c^ti*. « *Actionem enim quæ in dolum mulieris competit amplissimus ordo non excludit* ». Le sens de notre loi serait donc celui-ci. Une femme, qui sait qu'elle n'est pas tenue par son intercession, et qui malgré cela intercède dans une intention frauduleuse, ne peut pas se retrancher derrière le s. c. Mais il ne suffit pas qu'elle ait su qu'elle contractait une obligation nulle, il faut qu'il vienne s'y joindre une intention dolosive; il faut que ses manœuvres frauduleuses aient déterminé le créancier à accepter son intervention (1). D'ailleurs, le dol ne se présume pas et l'exercice de l'action de *dolo* est subor-

(1) Ne pourrait-on pas rapprocher cette situation de celle qui est faite dans notre droit au créancier qui contracte avec une femme mariée, en l'absence de l'autorisation maritale exigée par l'art. 217? Cette obligation est frappée d'une nullité relative et au nombre des personnes qui peuvent invoquer la nullité et en première ligne se trouve la femme elle-même (225). Cependant elle savait parfaitement que l'acte qu'elle allait souscrire serait nul, ce qui n'a pas empêché le législateur de ne pas la considérer par cela seul comme agissant frauduleusement. Il a reconnu à la femme le droit de proposer la nullité du contrat conclu dans de telles conditions; c'est donc que la connaissance où se trouve la femme du privilège dont la couvre la loi n'a pas été jugée un motif suffisant pour maintenir l'obligation de la femme envers le créancier; il a fallu comme dans la L. 30 qu'il vint s'y joindre des manœuvres frauduleuses ayant déterminé le créancier à contracter avec elle (Arg. art. 1309.).

donné à plusieurs conditions ; on doit prouver qu'il y a eu indiscutablement intention frauduleuse et que la fraude a une certaine importance « *nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet actio de dolo dari* (L. 7. § 10. D. *de dolo malo* 4-5). Sans doute, nous n'ignorons pas que notre interprétation ne tient aucun compte de l'alternative que semble commander la disjonctive « *vel* » séparant les deux premiers membres de phrase de la L. 30, et que nous détournons ce mot de son sens habituel pour en faire plutôt une conjonctive, mais il ne serait peut-être pas impossible de le rencontrer avec cette acception dans grand nombre d'auteurs (1).

2° Il y a encore exception au s. c. lorsque la femme succède au débiteur principal pour lequel elle a intercédé. Le créancier est ici armé de deux actions : l'*actio restitutoria* qui lui est rendue contre la femme en sa qualité d'héritière du débiteur primitif, et l'action directe qui résulte de l'intercession elle-même, car la femme n'a pas d'intérêt à être attaquée par l'une de ces actions plutôt que par l'autre « *nihil enim ejus interest quâ actione conveniatur* » (L. 8. § 13. D. h. t.).

3° Lorsqu'elle renonce au bénéfice du s. c. Les textes nous en signalent trois cas.

a. On permet à la femme d'intervenir dans l'instance lorsqu'elle déclare qu'elle est prête à défendre à l'action intentée contre le débiteur primitif, mais on exige d'elle la caution « *exceptione se non usuram* »; puisqu'on l'oblige à renoncer à ce bénéfice, c'est qu'elle peut évidemment le faire. Mais pourquoi exiger de la femme cette caution? C'est que l'exception tirée de ce s. c. est d'une nature toute spéciale ; elle peut être opposée même après que la sentence a été rendue par le juge, et à supposer même que la femme effectue le paiement après la *manus injectio*, elle

(1) Cf. Glück. *op. cit.* t. XV. § 924.

pourra exercer la *condictio indebiti*, car il y a *indebitum* lorsque étant en réalité tenu d'une dette, on peut paralyser la poursuite par une exception. Il était donc de toute nécessité d'exiger de la femme la caution « *se exceptione non usuram* » (L. 32 § 4. D. h. t.). D'ailleurs, nous avons affaire ici à une exception péremptoire, et Gaïus nous apprend (C. IV § 125) qu'on la restitue au défendeur lorsque, par suite d'une erreur, il a négligé de se prévaloir d'une exception de ce genre.

b. Justinien exige de la femme qui veut se charger de la tutelle de ses descendants, soit légitimes, soit naturels, un engagement formel de ne pas se remarier, et une renonciation expresse au bénéfice du s. c. (*Auth. matri et aviæ*. nov. 118, ch. 5, et L. 3. c. *quando mul. tut. off. fungi pot.* 5–35).

c. Le même empereur, dans la L. 22. c. h. t. 4-29, décide que si la femme au bout de deux ans renouvelle son intercession, elle ne pourra plus opposer le s. c.; elle doit s'en prendre à elle-même d'avoir confirmé un acte qu'il ne tenait qu'à elle de faire tomber, ayant eu le temps d'en calculer la portée. Justinien considère la femme comme s'obligeant non plus dans l'intérêt d'autrui, mais dans son propre intérêt.

Plusieurs conditions sont nécessaires pour la validité de cette renonciation.

Il faut que la femme soit majeure de 25 ans « *perfectæ ætatis* » au moment de la seconde intercession. Cette proposition a fait naître la question de savoir si elle doit aussi avoir été majeure au moment de la première intercession; peu importe, à notre avis, qu'elle fût ou non majeure à cette époque. Supposons, en effet, qu'elle fût mineure, le droit prétorien lui fournissait le moyen de demander la nullité de son intercession, non plus en se fondant sur le s. c. mais sur sa simple incapacité; dès lors, en renouvelant son intercession, elle renonce à la nullité résultant de l'incapacité, absolument comme si elle a fait l'intercession

étant majeure, elle renonce en intercédant de nouveau, à se prévaloir de la nullité résultant cette fois du s. c.; le résultat obtenu est donc le même dans les deux cas. Cette question est du reste fort controversée; l'opinion que nous donnons est celle de M. Wangerow (*Lehrbuch der pandeckt.* t. III, § 581. anm. 1. n° 8 (1). Voir en sens contraire, Glück, t. XV, p. 15.

Comme seconde condition, il faut que la renonciation ait lieu deux ans après la première obligation « *post biennium* »; si elle était faite plus tôt, « *intra biennale juge tempus* », elle serait dépourvue de toute valeur : la femme conserverait malgré cette renonciation le bénéfice du s. c. « *nihil sibi præjudicare* ».

Cette seconde intercession aura-t-elle uu effet rétroactif à la première, ou bien la femme ne sera-t-elle obligée qu'en vertu de la deuxième intercession ? On admet généralement (Wangerow, *op. cit.* t. III, p. 170) que la femme n'est obligée que par la seconde intercession. On s'appuie sur les termes de la L. 32 « *ex secunda cautione sese ob noxiam facere* », mais cet argument ne nous semble pas concluant. Par ces expressions, Justinien n'a pas voulu marquer le point de départ de l'obligation contractée par la femme; il a voulu simplement exprimer cette idée, que c'était seulement cette dernière intercession qui rendait valable, tant l'obligation personnelle de la femme ou celle de l'*intercessor* qu'elle avait pu donner, que le gage qu'elle avait pu constituer lors du premier contrat; en effet, si elle n'avait pas répété son intercession, sa première obligation n'aurait aucune valeur. C'est donc cette *secunda cautio* qui donne toute sa force à l'acte intervenu, mais rien ne permet de supposer que c'est seulement à partir de ce moment que l'intercession est confirmée. D'ailleurs, qu'est-ce que cette *geminata cautio* comme l'ont appelée les commentateurs ? N'est-ce pas un acquiescement de la

(1) Elle est adoptée par M. E. Dubois, *th. de doct.* p. 66.

femme à ne pas se prévaloir de l'exception du s. c.? Que peut-on y voir autre chose de sa part que la ratification d'un acte jusqu'alors sans valeur, mais qui à compter de ce moment devra sortir à son plein et entier effet? Or, n'est-il pas de règle que la ratification une fois faite, l'acte qui a ainsi été confirmé produit tous les effets qui y auraient été attachés s'il eût été valable *ab initio?* Nous croyons donc que cette seconde intercession aura un effet rétroactif à la première. Et la question ne manque pas d'importance et d'intérêt pratique; au cas d'un concours entre plusieurs créanciers, il peut être nécessaire de déterminer la priorité d'un droit d'hypothèque, et il peut falloir déterminer le point de départ du cours des intérêts.

Ajoutons qu'à partir du moment où fut appliquée la L. 23 au code h. t. renfermant les importantes innovations de Justinien sur la matière, et que nous aurons à étudier plus loin, cette confirmation aussi bien d'ailleurs que la première intercession, dut être faite dans un acte authentique signé de trois témoins, et ne put s'appliquer à l'intercession de la femme pour son mari, Justinien prohibant totalement cette dernière.

Telles sont les trois hypothèses où la femme peut valablement renoncer à l'exception du s. c. Velléien. Ici se place une des questions les plus controversées de notre sujet. Peut-on, en dehors de ces trois cas spécialement visés par les textes, reconnaître à la femme le droit de faire une renonciation valable? Cette question a donné naissance à deux systèmes absolument contraires dans leur solution et qui sont soutenus, de part et d'autre, par des défenseurs dont les noms sont des autorités dans la science juridique (1). Bien que l'affirmative semble l'emporter, nous

(1) Parmi les auteurs qui admettent la validité de la renonciation, citons seulement, dans l'ancien droit Harmenopule, et les principaux glossateurs plus récemment à Voët; et actuellement Puchta, Rudorff, et de Vangerow
Dans l'opinion que nous défendons, citons Doneau, Vinnius, Ant. Favre, Thibaut, Glück, Windscheid, Valette.

croyons devoir nous ranger à la négative, et refuser à la femme le droit de renoncer en thèse générale au bénéfice du s. c. Velléien.

Les textes sur lesquels nos adversaires prétendent fonder la validité d'une renonciation sont la L. 32. § 4. D. h. t.; la L. 3 au code *quando mul. tut. off.* 5-35, et la L. 23. pr. c. h. t., textes que nous avons présentés comme autant de cas où on permettait et où on imposait même parfois à la femme la renonciation à son bénéfice. Tout leur argument consiste à soutenir que ces hypothèses, qui pour nous sont autant d'exceptions apportées au principe de la non-validité d'une renonciation, ne sont que des applications de ce principe général, à savoir, que la renonciation est admissible et efficace.

C'est d'abord la L. 32 § 4. D. où la femme prend en justice la défense de la personne pour laquelle elle a intercédé, s'exposant ainsi à être condamnée à sa place : on n'accepte son intervention que si elle s'engage à ne pas se prévaloir de l'exception. Les partisans de l'opinion adverse nous font remarquer que Pomponius nous présente cette espèce comme ne renfermant rien de particulier, mais qu'au contraire, il parle de cette renonciation comme de la chose la plus simple et la plus naturelle, nous laissant à entendre par là que l'on se trouve ici non point en présence d'une exception mais bien d'une règle générale. Que ce jurisconsulte trouve la chose toute naturelle, cela ne saurait nous surprendre. Du moment, en effet, qu'on admet que la femme peut payer valablement pour autrui (L. 4 in fine c. h. t.), comment lui refuser le droit de prendre en justice la défense du débiteur ? Cette intervention n'est-elle pas considérée comme un paiement que tout le monde peut faire même malgré le débiteur ? (1) Seulement, il faut que le créancier puisse compter effectivement sur le paiement fait par la femme;

(1) « Solutione, vel pro nobis judicium accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus » (L. 23. D. *de solut.* 46-3).

et c'est pour lui éviter toute déception fâcheuse que la femme n'est admise à se substituer au débiteur originaire qu'après avoir abdiqué son privilège, renonciation d'ailleurs garantie par un cautionnement. Nous n'ignorons point que nos adversaires prétendent nous trouver en faute quand nous assimilons le paiement à la *defensio pro alio* en matière d'intercession, et qu'ils nous objectent la L. 2 § 5. D. h. t. (1), d'où il ressort clairement qu'on ne peut voir dans la défense en justice de celui pour qui on a intercédé « qu'une intercession continuée, et par conséquent, toujours et seulement une intercession (2). Qu'il nous suffise de répondre que si l'on peut voir une intercession dans le cas de la L. 2 § 5, alors que la *defensio pro alio* intervient *à priori* et constitue ainsi elle-même le mode d'intercéder, il ne saurait en être de même dans le cas de la L. 32 § 4. où la *defensio pro alio* survient à la suite d'une intercession préexistante et où on ne saurait raisonnablement lui assigner d'autre caractère que celui d'un véritable paiement (3). Dès lors, peut-on dire que la renonciation faite *ab initio* puisse avoir les mêmes effets que la renonciation faite lors d'une intercession continuée ? La conclusion ne nous parait pas logique, car admettre la possibilité de renoncer au moment même du contrat à l'exception du s. c., c'est vouloir faire de cet acte législatif une lettre morte, c'est placer à côté d'une prohibition un moyen infaillible de l'éluder. Au contraire, il n'y a rien que d'assez naturel de permettre à la femme cette renonciation survenant à la suite d'une intercession déjà existante, car la gravité de cet acte ne lui aura pas échappé, puisqu'elle agira après mûre réflexion et ne pourra présumer qu'elle avait un intérêt quelconque à intercéder ; c'est sur des motifs de ce

(1) « Sed etsi mulier defensor alicujus exstiterit, procul dubio intercedit : suscepit enim in se alienam obligationem ».

(2) M. E. Dubois, *th. de doct.* p. 81-82.

(3) Cf. M. Bouchez, *thèse de doctoral.* Paris, 1864, p. 56.

genre que Justinien fonde la validité de l'intercession renouvelée « *post biennium* » (L. 22. c. h. t. (1).

C'est ensuite dans la L. 3 *quando mul.* c. 5-35 que nos adversaires prétendent puiser un argument en faveur de leur thèse. Suivant toujours le même système, ils soutiennent que Justinien ne fait encore ici qu'appliquer une règle générale à un cas particulier, et ils vont jusqu'à reprocher à cet empereur de n'avoir pas été obscur ou inintelligible. En effet, disent-ils, en substance, « toutes les fois que Justinien annonce une innovation ou quelque chose d'exceptionnel, il ne manque pas cette occasion de donner libre carrière à son style exubérant et pompeux ». Sans doute, son silence peut nous étonner, mais prolixe d'ordinaire, il aura pu être bref par hasard (2).

Enfin dans le L. 23 pr. c. on doit tenir pour indiscutable, avons-nous vu, la déclaration de la femme qu'elle a reçu quelque chose pour prix de son intercession « *omnimodo esse credendum* ». Or, disent ces auteurs, quand la femme n'a rien reçu, qu'est-ce qu'une pareille déclaration sinon une véritable renonciation au S. C. (3)? Assurément, il faut bien reconnaître que le but du législateur pourra quelquefois être manqué et que la femme trouvera dans un mensonge solennel le moyen d'éluder la prohibition du S. C., mais il ne faut pas en conclure, que par cela même, le législateur ait autorisé la femme à renoncer à l'exception qui la protège. Il ne peut avoir fait une loi pour permettre

(1) Ne pourrions-nous pas, à notre tour, tirer un argument de cette loi 22 § 4 qu'on nous oppose? Pourquoi la femme doit-elle faire garantir sa promesse par un fidéjusseur? Exiger cette condition pour que la renonciation soit valable, n'est-ce pas dire clairement qu'une renonciation pure et simple serait inutile? Pourquoi exiger ici particulièrement l'intervention d'un fidéjusseur? N'est-ce pas donner à entendre qu'on se trouve dans un cas exceptionnel?

(2) M. Bouchez. *Th. de doct.* p. 57.

(3) M. Dubois, *op. cit.* p. 83.

aussitôt de s'y soustraire; ajoutons que ce texte semble plutôt favorable à notre manière de voir. La femme doit déclarer dans un acte authentique qu'elle a reçu quelque chose pour intervenir; cette disposition et ces précautions prises par Justinien n'auraient-elles pas été inutiles si la femme avait pu renoncer à son gré au S. C.? N'est-ce pas dire qu'elle ne peut y renoncer purement et simplement?

Ces textes écartés, nos contradicteurs ne se tiennent pas pour battus; ils se réfugient alors sur le terrain des considérations morales tirées du caractère de la prohibition, et ici encore, nous nous voyons obligés de combattre leurs prétentions. La protection du S. C., disent-ils, est une faveur accordée aux femmes et il est permis de renoncer à ses droits : « *Omnes licentiam habere his quæ pro se introducta sunt renuntiare* » (L. 29 c. *de pactis* 2-3). Que ce soit une faveur accordée à la femme, ou plutôt que les dispositions du S. C. aient toujours été interprétées dans ce sens par les jurisconsultes romains, c'est ce que nous n'avons jamais eu l'intention de nier; mais, nous l'avons déjà dit, l'intérêt de la femme seule n'est pas en jeu, d'autres considérations ont présidé à la rédaction de notre S. C., considérations d'un ordre plus élevé, puisées dans un motif d'intérêt public. C'est aussi pour une raison d'ordre politique que la prohibition a été édictée; comment concevoir que par sa seule volonté, il soit possible à la femme d'usurper des fonctions qui ne lui appartiennent pas, de remplir en un mot des *officia virilia* « *Pacta quæ contra leges constitutiones que, vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere indubitati juris est* » (L. 6, c. eod. *de pactis*). Sans doute, cette pensée politique dut perdre peu à peu de sa force primitive, mais elle ne disparut jamais assez complètement pour qu'on pût n'en tenir aucun compte; quant au motif tiré de l'intérêt de la femme, il devait survivre même à l'influence bienfaisante du christianisme devant lequel s'effaçait peu à peu

l'inégalité entre les deux sexes, et s'accroissait d'autant la capacité civile de la femme (1).

Nous dirons donc : permettre à la femme de ratifier par avance son intercession, c'est vouloir faire du S. C. Velléien un acte législatif inutile. Et qu'on ne vienne pas nous objecter que la femme sera retenue par son propre intérêt, et que les cas où elle renoncera seront assez rares pour qu'elle ne coure aucun danger. Un seul acte de ce genre ne peut-il pas suffire pour compromettre son patrimoine; est-il indispensable qu'il soit répété plusieurs fois? La femme renoncerait à son bénéfice avec la même facilité qu'elle met à intercéder : de l'idée de cautionnement à celle de renonciation, il n'y a qu'un pas: la femme n'hésiterait pas à le faire; le but de la loi serait manqué totalement.

Dès lors, notre conclusion est la suivante : Qu'on ne peut admettre en se fondant, soit sur le texte du s. c., soit sur la jurisprudence classique, la possibilité pour la femme, en thèse générale, du moins, de renoncer au bénéfice de la loi qui la protège, en ajoutant toutefois, que les réformes de Justinien et la jurisprudence tendirent par la suite vers la possibilité d'une telle renonciation.

(1) Cf. M. Gide, *op. cit.* p. 162. Cet auteur appuie son opinion sur les deux principes suivants :

1° Nulle personne incapable ne peut par sa propre volonté s'attribuer une capacité que la loi lui dénie ;

2° Une loi qui intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs est au-dessus de toutes conventions.

CHAPITRE VI

DES EFFETS DU S. C. VELLÉIEN.

Voyons maintenant quelle est la sançtion qui accompagne l'intercession de la femme. Cette sanction, c'est la nullité (1). La femme qui s'oblige pour autrui fait un acte nul; son obligation est sans valeur « *inanis obligatio* » (L. 8. § 9. D. h. t.); « *obligationem s. c^tum efficacem esse non sinit* » (L. 8. c. h. t.). Cette nullité de l'obligation s'analyse tantôt en un refus d'action contre la femme (2): de ce côté, le créancier est désarmé, la personne de la femme lui échappe, aussi faudra-t-il trouver un moyen pour que la disparition de l'obligation de la femme ne lui soit pas préjudiciable; tantôt enfin, cette nullité s'analyse en une exception que la femme oppose au créancier.

Etudions : 1° Les effets produits à l'égard de la femme;

(1) Le Sénat, il est vrai, dans la partie du texte qui relate spécialement sa nouvelle décision, ne prononce nulle part cette sanction; mais il entend se référer à la jurisprudence antérieure. Cette timidité d'expression, nous l'avons déjà dit, vient de ce que le Sénat a conservé l'habitude de formuler la loi sous forme d'avis, invitant le magistrat à en tenir compte.

(2) Il est intéressant de comparer entre eux les termes dans lesquels les textes expriment la nullité de l'obligation de la femme ; ils font très bien ressortir ce refus d'action.

L. 2. § 1. D. « Ne eo nomine ab his (mulieribus) petitio, neve in eas actio detur ».

L. 14. D. « Mulieris persona sub trahitur creditori ».

L. 32. § 3. « Totus enim sermo s. cti ad petitionem non dandam adversus ipsam mulierem spectat ».

L. 5. c. h. t. « Res pignori datæ non tenentur ».

L. 6. « Quominus mulier teneatur »,

2° Les effets produits à l'égard du créancier.

§ 1. Effets du s. c. a l'égard de la femme. — Comment la femme devra-t-elle s'y prendre pour faire valoir le bénéfice que lui assure le s. c.?

On peut envisager deux hypothèses absolument distinctes : Selon que les choses sont encore entières, c. à. d. que la femme n'a pas encore exécuté son obligation sur les poursuites du créancier; ou selon que les choses ne sont plus entières, c'est-à-dire que la femme a exécuté son obligation, soit volontairement, soit sur les poursuites du créancier.

Première hypothèse. — Situation de la femme *rebus adhuc integris*.

Ou bien, le magistrat, à la seule inspection de l'affaire, s'aperçoit qu'il est en présence d'un acte revêtant d'une manière indubitable tous les caractères de l'intercession, ou bien, au contraire, il a des doutes sur la véritable portée de cet acte.

A. Refus d'action. — Dans le premier cas, il refuse au demandeur l'action qu'il sollicite, et il le renvoie des fins de sa demande : c'est ce que prévoit expressément la L. 2. § 1 h. t. dans le texte même du s. c. « *ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur* ». Ainsi, action personnelle « *actio* », action réelle « *petitio* » sont également refusées au créancier.

B. De l'exception du s. c. — Dans le second cas, le prêteur donne contre la femme l'action qu'on lui demande, mais comme ses moyens d'investigation sont restreints, et que sa religion n'est pas suffisamment éclairée, il insère dans la formule délivrée au demandeur l'exception tirée du s. c. et renvoie les parties devant le juge, donnant mission à ce dernier d'examiner avec soin la question (1). Le plus souvent c'est sous forme

(1) Le préteur donnerait encore l'exception au cas où l'intercession étant parfaitement tenue pour non équivoque, le créancier prétendrait que par exception la femme se trouve dans l'une des hypothèses où on lui per-

d'exception que le s. c. est opposé : ce cas étant le plus fréquent dans la pratique doit arrêter un moment notre attention.

a. Caractères de cette exception. — Sous le rapport de leur durée, les exceptions se divisent en perpétuelles ou péremptoires, et temporaires ou dilatoires. Considérées sous le rapport des personnes à qui elles peuvent profiter, elles se divisent en exceptions *personæ cohærentes*, *rei cohærentes*. Quelles sont de ces quatre grandes classes d'exceptions, celles où nous devons faire rentrer l'exception du s. c.?

L'exception tirée du s. c. Velléien est perpétuelle ou péremptoire (L. 3. D. *de except.* 44-1); et de plus *rei cohærens* (L. 7. § 1. D. eod).

1° Elle est péremptoire. Le caractère propre aux exceptions de cette catégorie, c'est de pouvoir être opposées en tout état de cause, c'est-à-dire que le défendeur n'est pas déchu de son droit pour avoir négligé de faire insérer l'exception dans la formule; il peut y recourir même *in judicio*. Notons même que sous ce rapport, notre exception jouit d'un véritable privilège, car, nous l'avons déjà vu, elle peut être invoquée même après que le jugement est passé en force de chose jugée. La femme peut l'opposer aussi bien à l'action *judicati* qu'à l'action principale.

2° Elle est *rei-cohærens*, c'est-à-dire qu'elle est inhérente à la dette au lieu d'être fondée sur des considérations personnelles au défendeur. Ce n'est pas parce que l'obligée est une femme qu'on lui donne cette exception; c'est parce qu'elle a intercédé (1).

b. A qui est donnée l'exception du s. c. Velléien? Comme

met de s'obliger valablement pour autrui. Quant à la formule de cette exception, bien que les textes ne nous la donnent pas, par analogie avec celles connues, on devrait peut-être la reconstruire de la manière suivante : « Si in ea re nihil contra s. ctum factum sit ».

(1) C'est l'idée qu'exprime Doneau quand il dit : « Non datur exceptio, mulieribus quia mulieres sunt, sed ob hanc rem quia intercesserunt ». *Op. cit.* L. XII. c. 30 § 3.

conséquence de cette idée que l'exception du s. c. est *rei-cohærens*, il résulte qu'elle est donnée :

1° A la femme; c'est même spécialement en vue de celle-ci qu'elle a été organisée.

2° A ses héritiers à titre universel (L. 20. c. h. t.).

3° A ses mandataires, c.-à-d. à ceux qui se sont portés fidéjusseurs du débiteur sur le mandat de la femme. C'est le cas prévu par les LL. 6 et 30 § 1 ; 32 § 3 D; et 14 c. h. t.; et il fallait en décider ainsi, pour éviter de graves inconvénients. En effet, le mandat donné par la femme étant nul « *quia mandati causa per s. c^{tum} constituitur irrita* » (L. 7 D. h. t.), le mandataire est dans l'impossibilité de se retourner contre la femme, par l'action *mandati contraria*, pour se faire tenir compte de ses déboursés. Pour éviter qu'il subisse une perte, on le dispense de payer « *pecunia fidejussoris liberatur* » (ead. lege), en alléguant qu'il n'était que le prête-nom d'une femme, mais cela, seulement au cas où le créancier a été de mauvaise foi (L. 32 § 3. D. h. t.), c.-à-d. s'il a connu le mandat donné par la femme, et s'il a su qu'elle agissait en fraude du s. c. Si le créancier a été de bonne foi, à l'exception opposée par le mandataire, il répondra victorieusement par la réplique de dol ; le mandataire sera donc dépourvu de tout moyen de défense « *nullam replicationem adversus mulierem habebit* ». On ne pouvait équitablement le laisser absolument désarmé, aussi vient-on à son secours en lui donnant une action de gestion d'affaires contre le débiteur qu'il a libéré, action qui sera exposée aux chances d'insolvabilité du débiteur : c'est la décision donnée par Papinien dans la L. 7 D. eod. tit.

4° L'exception du S. C. est encore accordée aux fidéjusseurs de la femme, même au cas où ils sont intervenus sans mandat de sa part. On peut voir dans la L. 16 § 1, D. h. t. que la question avait fait difficulté et n'avait pas toujours été résolue dans

ce sens. Gaius Cassius était d'avis qu'il ne fallait accorder l'exception au fidéjusseur que si la femme lui avait donné mandat; Julien soutenait, au contraire, qu'il fallait lui donner cette exception même au cas où il n'avait pas l'action de mandat contre la femme : c'est cette dernière opinion qui prévalut, et c'était la seule solution acceptable. En effet, le S. C. Velléien réduit à néant l'obligation de la femme; le mandat qu'elle a donné au fidéjusseur est nul; dès lors, si ce dernier veut exercer contre elle l'action récursoire *mandati*, elle le repoussera par l'exception S. C[ti] Vell[i], cela, au cas d'un mandat exprès de la femme. Que s'il n'y a pas mandat, si le fidéjusseur est intervenu *animo donandi*, comme disent les auteurs, le résultat sera identiquement le même; car, quelle différence peut-il y avoir pour le fidéjusseur entre ces deux situations, ne pas avoir de recours parce qu'il est intervenu *animo donandi*, ou voir son action récursoire paralysée par une exception, parce qu'il est intervenu sur le mandat de la femme (1). Comme résultat définitif et inévitable, son obligation resterait à sa charge, dans tous les cas, si l'exception du S. C. ne lui était pas accordée. Cette solution s'imposait donc à la sagesse du législateur.

5° Peut encore invoquer l'exception du S. C. celui qui a été délégué par la femme au créancier d'autrui; mais à la condition toutefois, que ce débiteur délégué ne fût pas débiteur de la femme elle-même (L. 8 § 4 et 6, D. h. t.), car alors, la délégation vaudrait paiement, et nous savons que dans cette hypothèse, il n'y a pas intercession, car la femme peut payer valablement (ead. leg. § 5). Ulpien, pour appuyer sa décision, assimile ce débiteur délégué à un fidéjusseur : « *Quemadmodum mulieris fidejussor* », dit-il.

6° Enfin on donnera l'exception à celui qui a affecté sa chose à la sûreté de l'obligation de la femme intercédante : c'est ce

(1). Cf. M. Dubois, *op. cit.* p. 89; M. Bouchez, *op. cit.* p. 63 et seq.

qui ressort de la L. 2, *quæ res pign.* 20-3. Gaius rapproche la situation de ce tiers de celle du fidéjussseur, et il raisonne par analogie de l'une à l'autre : nous avons ici affaire à une caution réelle, voilà tout.

c. A qui peut être opposée l'exception du S. C. Velléien? — Elle peut être opposée à quiconque agit en vertu d'une action qui a pris son origine dans l'intercession de la femme.

On l'opposera avec succès au créancier lorsque, simultanément ou subsidiairement aux poursuites dirigées contre le débiteur primitif ou principal, il veut aussi agir contre la femme que son intercession, si elle était maintenue, aurait pour effet de jeter dans les liens de l'obligation. Cette exception sera encore donnée contre le mandataire ou le fidéjusseur de la femme qui voudraient recourir contre elle par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* (LL. 7 et 32 § 3, D. h. t.). On peut rapprocher ici la décision donnée par Africain dans la L. 19 § 5, D. h. t. plus haut analysée (page 59) : le créancier qui veut agir *ex-stipulatu* contre la femme, se verra opposer l'exception du S. C.; on le traite comme un fidéjusseur de la femme « *ejus loco qui pro muliere fidejusserit haberi debere* ».

d. Forme de cette exception. — Il arrivera le plus souvent qu'elle se présentera sous la forme d'une exception à l'action du créancier, mais elle peut aussi se présenter sous la forme d'exception à une autre exception ; elle prend alors le nom de réplique (L. 2 § 1, D. *de except.* 44-1). Sous quelque forme qu'elle se présente, ses caractères restent toujours les mêmes : on peut voir des exemples de cette réplique dans les LL. 17 § 1 et 32 § 2, D. h. t.

Deuxième hypothèse. — Les choses ne sont plus entières; la femme a payé; elle a exécuté son obligation.

Ici, le refus d'action contre la femme, ou l'exception dont elle est armée, devenaient insuffisants. Comment arrivera-t-on à

mettre la femme dans la situation où elle serait si elle n'avait pas intercédé; comment sera-t-elle garantie contre les conséquences dangereuses de son acte ? Ce sera au moyen de la *condictio indebiti* et de la *rei vendicatio.*

A. De la *condictio indebiti.* — Lorsque par suite de son intercession, la femme a payé pour le débiteur originaire ou pour le débiteur principal, elle est admise à répéter son paiement, si elle l'a fait dans l'ignorance de la protection dont la couvrait le S. C. (LL. 8 § 3, D, et 9. c. h. t.; 26 § 3 et 40, D, *de condict. ind.* 12-6). Nous sommes ici en présence d'une erreur de droit, et cependant on permet à la femme d'invoquer la *condictio indebiti;* d'où vient cette disposition exceptionnelle ? De Savigny (*Tr. de droit rom.* t. III, append. VIII, n° 31) l'explique en disant que, en ce qui concerne l'erreur de droit, la femme se trouvait autrefois dans une situation toute particulière; il lui aurait été permis de s'en prévaloir dans tous les cas, mais à partir de l'empereur Léon le Philosophe (457-474), cette faveur aurait été limitée aux cas où les lois antérieures en faisaient une application spéciale et notamment en notre matière, de sorte que ce qui était pour elle la règle serait devenu l'exception.

Mais il ne faut pas que la femme ait payé en connaissance de cause; il faut, en un mot, qu'il y ait eu paiement de l'indû, et on englobe sous cette expression générale, non seulement le cas où réellement la femme ne devait rien, « *si omnimodo non debeatur* », mais encore le cas où elle pouvait éloigner d'elle les poursuites du créancier en lui opposant une exception péremptoire (L. 26. § 3. D. *de cond. ind.* 12-6). La *condictio* cesserait de s'appliquer « *si sciens se tutam exceptione solvisset* » (ead. lege), si elle avait payé sachant que le s. c. Velléien la dispensait de le faire, car « *indebitum solutum sciens non rectè repetit* » (L. 9. pr. C. *de cond. ind.* 4-5). Il faut, en outre, que la femme ait contracté avec le créancier, autrement elle ferait un paiement

valable et par suite non répétible. Nous savons, en effet, qu'on ne lui interdit pas de payer, mais seulement de s'obliger pour autrui (LL. 4 § 1 et 5 D; 4 et 9 c. h. t.); or, elle n'intercède pas quand elle ne contracte pas avec le créancier.

On admet la *condictio* non seulement au cas de paiement, mais de délégation « *competit condictio : solvit enim et qui reum delegat* » (L. 8. § 3. D. h. t.).

La *condictio* sera exercée tantôt par la femme, tantôt par le débiteur délégué de la femme, lorsque se croyant par erreur débiteur de la femme qui le délègue, il a déjà payé le délégataire; il peut encore, au moyen d'une *condictio incerti*, poursuivre le créancier pour qu'il lui fasse acceptilation de son obligation : « *ut ei acceptam faciat stipulationem* » (L. 7. § 1. D. *de doli mali except.* 44–4). Enfin, dans le cas exceptionnel de la L. 19 § 5. D. h. t. que nous avons déjà rencontrée plusieurs fois, on donne la *condictio indebiti* au créancier de la femme quand il n'a fait au fond qu'intercéder lui-même pour la femme intercédante, mais sans le savoir. « *Et ego tibi condicere pecuniam possim* », dit Africain.

On peut ici se poser la question suivante : Comment devra-t-on traiter le créancier qui, par la *condictio indebiti*, va se trouver obligé de rendre ce qu'il a reçu ? Faudra-t-il le considérer comme un *accipiens* de bonne ou de mauvaise foi ? La question présente de l'intérêt au point de vue de l'étendue des restitutions qu'il devra opérer. Nous croyons qu'on devra le traiter comme un *accipiens* de mauvaise foi, d'où il suit que s'il a reçu le capital, il devra rendre le capital; quant aux intérêts, il faudrait le dispenser de les restituer à cause du caractère de droit strict de la *condictio* (L. 1 c. *de cond. indeb.* 4-5); mais si c'est un fonds de terre, il devra rendre de plus tous les accessoires, les alluvions, les fruits, les parts des esclaves.

B. De la *Reivendicatio*. — Quand elle a exécuté son obligation,

outre la *condictio indebiti*, la femme, avons-nous dit, a encore la *Reivendicatio*. Cette action lui était indispensable dans les deux hypothèses suivantes : il pouvait se faire que pour exécuter son intercession, elle eût vendu ou livré sa chose, ou bien encore qu'elle l'eût grevée d'un droit de gage au profit du créancier pour consolider l'obligation du débiteur qu'elle avait voulu secourir. Il fallait, puisqu'on faisait tomber son intercession, lui fournir le moyen de rentrer dans les droits qu'elle avait ainsi aliénés en intercédant, et le moyen qui s'offrait au législateur, c'était la revendication.

Elle pourra revendiquer, soit sa chose elle-même, soit le droit réel qu'elle a concédé sur sa chose : telles sont les dispositions contenues dans la L. 32. § 1 et 2. D. h. t.

a. Supposons d'abord avec la L. 32. § 2, qu'en exécution de son intercession, la femme ait vendu et livré sa chose au créancier. A l'action en revendication de la femme, le créancier opposera l'exception *rei venditæ et traditæ*, mais elle triomphera par la réplique du s. c. « *nisi ea venditio contra s. c^tum facta sit* ».

b. La femme a constitué sur sa chose un droit de gage pour sûreté de la dette d'autrui ; elle aura le droit de la reprendre avec les fruits qu'elle a produits, et de se faire indemniser des détériorations qu'elle a souffertes. Allons plus loin, supposons que le créancier ait vendu le gage et l'ait livré à un tiers acquéreur de bonne foi. La femme jouit ici d'une faveur exceptionnelle ; elle aura le droit de revendiquer l'objet entre les mains de cet acquéreur de bonne foi : c'est l'espèce prévue par la L. 32. § 1. h. t. On peut en rapprocher la L. 39. D. *de reiv.* 6-1.

Comment comprendre ce droit de revendication accordé à la femme relativement à un objet qu'elle a fait sortir de son patrimoine, et dont le créancier gagiste a pu à son tour se dessaisir ?

Une explication généralement donnée veut qu'on suppose dans les espèces proposées, la vente ou la dation en gage de choses

mancipi; toujours par hypothèse, la tradition en aurait été faite sans l'accomplissement des formalités de la mancipation qui étaient ici indispensables pour transférer le *Dominium ex jure quiritium*. Dès lors, la femme peut revendiquer entre les mains de l'acquéreur ou du créancier gagiste qui n'ont la chose qu'*in-bonis*.

Mais, si cette explication est satisfaisante pour nous faire comprendre la L. 39. § 1. *de reiv.* 6-1 et la L. 32. § 2. h. t. dans lesquelles il s'agit manifestement d'une *res mancipi*, on ne saurait l'appliquer avec la même assurance au § 1 de la même loi 32, où Pomponius nous parle simplement d'une *res* sans en préciser la nature juridique. D'ailleurs, ce mode de raisonner ne nous semble pas avoir été celui des jurisconsultes romains. Ceux-ci ne voient qu'une chose: il y a eu intercession, cela suffit. Que cette intercession revête la forme d'une vente faite pour autrui, ou d'un gage destiné à couvrir la dette d'un autre, peu importe : la femme a intercédé; il faut la relever de cette situation pleine pour elle de dangers ; il faut que l'acte qu'elle a contracté soit anéanti : en décider autrement, c'eût été édicter des dispositions législatives sans placer à côté le moyen de les faire sortir à effet. La femme a diminué son patrimoine *intercessionis causa*, ce qu'elle ne pouvait faire. Toutes les fois qu'elle se trouvera dans un cas de ce genre, on lui donnera la *reivendicatio* ; ce qu'on veut éviter, c'est que la femme « *ea ratione careat re sua* ».

Et en ce qui concerne spécialement l'hypothèse d'une dation en gage et de l'aliénation de ce gage par le créancier en faveur d'un acheteur même de bonne foi, les textes nous montrent que les jurisconsultes romains ont toujours expliqué ce droit de revendication réservé à la femme par des motifs tirés du fait même de son intercession. C'est en examinant la valeur de cet acte qu'ils justifient leur décision, décision qui cependant n'avait pas

dû être admise sans controverse, comme sembleraient l'indiquer les expressions employées par Pomponius dans la L. 32. § 1 (1). Cette décision s'imposait à une déduction rigoureuse des principes. En effet, le gage constitué par la femme est nul, parce qu'il a son origine dans une intercession ; d'où il suit que le transfert de propriété n'a pu s'opérer dans les rapports de la femme et du créancier gagiste. Que celui-ci vende le gage pour non-paiement à l'échéance, il ne parviendra pas pour cela à en enlever la propriété à la femme : « *quia nullum pignus creditor vendidisse censetur* », dit Gaïus (L. 40) *de reiv.* 6-1). Il n'est pas possible au créancier de transférer à son ayant cause l'acquéreur, plus de droits qu'il n'en a lui-même; donc le transfert de propriété n'aura pu davantage s'opérer dans les rapports du créancier et de son acheteur; le gage infecté d'un vice originaire est resté nul. Dès lors, rien d'étonnant qu'on permette à la femme d'exercer l'action en revendication contre le tiers détenteur ; le droit de gage qu'elle a conféré dans notre hypothèse, est nul au même degré que l'était tout à l'heure la vente qu'elle avait consentie et il fallait en décider ainsi pour qu'elle pût se défendre quand cela deviendrait nécessaire.

c. Il ne subsiste pas même à la charge de la femme une obligation naturelle. C'est encore là une disposition que l'on peut ranger parmi les effets que produit le s. c. Velléien à l'égard de la femme. La nullité de l'intercession est si radicale, que celle-ci ne sera pas obligée même naturellement. C'est l'idée exprimée par ces mots de la L. 16. § 1. D. h. t.: « *totam obligationem senatus improbat* ».

L'obligation naturelle se reconnait ordinairement aux caractères suivants : c'est qu'elle peut être valablement acquittée et sans espoir pour le débiteur d'en répéter le paiement (L. 16. § 4. D.

(1) « Vera est eorum opinio », dit ce jurisconsulte.

de fid. et mand. 46-1); pas de *condictio indebiti* possible. De plus, l'obligation naturelle peut être valablement cautionnée par des fidéjusseurs (§ 3 ead. lege); enfin, elle peut être garantie par un droit de gage ou d'hypothèque. Or, ici, nous ne pouvons assigner à l'obligation de la femme aucun de ces caractères; les effets que nous avons reconnus au s. c. s'opposent absolument à une pareille solution.

C'est d'abord le droit pour la femme d'exercer la *condictio indebiti,* droit qui est exclusif de toute idée d'obligation naturelle, puisque, nous venons de le dire, ce qui a été payé en exécution d'une obligation de cette nature ne peut être sujet à répétition.

C'est ensuite le droit pour le fidéjusseur de la femme d'opposer lui-même l'exception du s. c. Velléien, se fût-il engagé *animo donandi* (L. 16. § 1. D. h. t.).

Enfin, c'est la loi 2 D. *quæ res pign.* 20-3, qui déclare nul le gage donné comme garantie de l'intercession de la femme. D'où nous croyons pouvoir conclure à l'absence de toute obligation naturelle.

On peut faire remarquer avec M. Machelard (1) que c'est accorder à la femme une faveur exagérée. « Dans une législation qui reconnaît, dit-il, une obligation naturelle chez le pupille qui a contracté sans l'*auctoritas tutoris*, il peut paraître choquant de dénier en matière d'*intercessio* la même capacité à la femme, qui d'ailleurs, jouit en général de l'aptitude à s'engager civilement »; d'autant plus qu'elle fait un paiement valable et qui n'est pas sujet à répétition, quand elle a payé sciemment et en parfaite connaissance de cause. Mais, nous l'avons déjà dit, si son obligation est frappée de nullité, ce n'est pas qu'en principe elle soit incapable de s'obliger, mais parce qu'elle a intercédé.

(1) *Des obligations naturelles en droit rom.*, p. 271 et seq.

Différences entre le S. C. Velléien et le S. C. Macédonien.

Si nous comparons notre S. C. avec le S. C. macédonien rendu, sous le règne de Vespasien, pour empêcher les prêts d'argent faits aux fils de famille, nous notons les différences suivantes :

D'abord le S. C. macédonien crée à la charge du fils de famille une obligation naturelle, ce qui n'a pas lieu, nous l'avons vu, pour le S. C. Velléien. La loi 9 § 4, D. *de s. c. maced.* 14-6 admet en effet, que l'obligation contractée par le fils dans de telles circonstances peut-être valablement payée soit par le fils de famille lui-même, ordinairement après la dissolution de la puissance du *paterfamilias*, soit par ses coobligés ou ses fidéjusseurs immédiatement après la formation de cette obligation. Et ce paiement sera à l'abri de toute critique; il ne pourra être sujet à répétition de la part de ceux qui l'auront effectué « *solvendo non repetunt* » (ead. leg. § 5); or, c'est là un signe non équivoque de l'existence d'une obligation naturelle (1). Dans le S. C. Velléien, au contraire, la femme est toujours admise à répéter, à moins qu'elle n'ait payé sachant qu'elle n'était pas tenue par son intercession. Comment expliquer cette différence avec ce qui a lieu sous le S. C. macédonien? Elle tient à la différence même des motifs qui ont fait édicter ces deux actes législatifs. Le S. C. Velléien est basé sur des raisons d'intérêt public par suite desquelles on refuse à la femme le droit de renoncer au privilège qui la couvre; or, ne serait-ce pas lui permettre d'y renoncer indirectement, que de ne pas lui reconnaître le droit de répéter ce qu'elle a payé par erreur; de plus, nous l'avons vu, le S. C. a toujours été interprété en faveur de la femme.

Le S. C. macédonien, au contraire, a surtout été rendu en

(1) C'est l'idée qu'exprime le jurisconsulte Paul dans la L. 10 *de s. c. maced.*, quand il dit « quia naturalis obligatio manet ».

haine des créanciers, des prêteurs d'argent. Que si, étant sorti de la puissance paternelle, le fils de famille veut payer la dette qu'il a contractée alors qu'il ne pouvait le faire ; si, en un mot, il veut ratifier sa première obligation, on ne peut raisonnablement lui refuser ce droit. C'est cette différence de motifs que semble exprimer Marcien avec assez de clarté dans la L. 40, D. *de cond. ind.* 12-6. Il pose en principe que celui qui a une exception perpétuelle peut répéter ce qu'il a payé par erreur ; mais, ajoute-t-il aussitôt, ce principe n'est pas sans souffrir quelques exceptions « *sed hoc non est perpetuum* ». Si l'exception est donnée dans l'intérêt du défendeur « *si quidem ejus causa exceptio datur cum quo agitur* », on l'admet à exercer la *condictio indebiti* (et il donne pour exemple le cas du Velléien) ; mais si l'exception est donnée en haine du créancier « *ubi vero in odium ejus cui debetur exceptio datur* », toute répétition est inadmissible « *perperam solutum non repetitur* » ; et il donne comme exemple le cas du S. C. macédonien.

De plus, l'*exceptio S. C^ti maccdoniani* ne peut être opposée par les fidéjusseurs ou autres personnes qui ont garanti l'obligation du fils de famille, que si ces garants ont conservé une idée de recours contre l'emprunteur, que s'ils n'ont pas, en d'autres termes, agi *animo donandi* (L. 9 § 3, D. *de s. c. maced.*). C'était bien à cette décision que par le désir d'assimiler, comme sur d'autres points, la situation de la femme à celle du fils de famille, certains jurisconsultes romains avaient tout d'abord voulu s'arrêter ; mais nous savons que leur opinion ne prévalut pas, et que Julien (L. 16 § 1, D. 16-1) donne dans tous les cas l'exception au fidéjusseur de la femme.

Tels sont les effets du Velléien à l'égard de la femme. Avant d'entrer dans l'étude de ses effets dans les rapports du créancier et du tiers pour lequel la femme a intercédé, nous devons examiner une question qui est controversée parmi les interprètes : c'est

celle de savoir si la prohibition du S. C. opère *ipso jure* ou seulement *exceptionis ope*.

Cette question ne nous semble pas admettre *a priori* une réponse absolue : sa solution dépendra de l'examen de l'affaire. Reprenant ici la distinction que nous avons faite au début de ce paragraphe, nous dirons que si le magistrat s'aperçoit du premier coup qu'il y a intercession, il ne délivrera pas la formule; il refusera l'action contre la femme. « *Ne eo nomine, ab his petitio neve in eas actio detur* », dit le texte du S. C., et dans ce cas, il est exact de dire que la prohibition opérera *ipso jure*. Que si, au contraire, la chose lui paraît douteuse, ou si le demandeur, sans prétendre qu'il n'y a pas intercession, se contente de soutenir que la femme se trouve dans l'un des cas où elle peut valablement s'obliger, alors le préteur délivrera la formule contre la femme mais en y insérant l'exception *S. C^ti Velleiani*, et renverra devant le juge l'examen de l'affaire. Ici, il semble exact de dire que la femme ne sera déchargée de son obligation qu'*exceptionis ope*. Mais en thèse générale, il faudra dire que la prohibition n'opère jamais *ipso jure*, en ce sens que toujours, et dans tous les cas, la nullité doit être demandée devant le préteur (1).

Supposons pour un instant, que le juge reconnait qu'il y a intercession, nous avons vu ce qui en résulte pour la femme. Voyons quels vont en être les effets dans les rapports du créancier et de l'ancien débiteur.

§ II. — Effets du S. C. dans les rapports du créancier et du débiteur pour lequel la femme a intercédé.

Il résulte de ce que nous avons vu jusqu'ici que le créancier se trouve dépourvu de tout moyen de coercition contre la femme : tantôt, en effet, on lui refuse l'action, tantôt il est repoussé par

(1) Accarias, t. II, p. 377.

l'exception, ce qui en pratique aboutit au même résultat. On aurait pu déclarer simplement que les effets du S. C. se borneraient là pour le créancier, et qu'il devrait supporter les conséquences de son acte, mais ce n'est pas le parti auquel se sont arrêtés les jurisconsultes romains : c'est qu'une pareille solution eût, en effet, dans certains cas, renfermé quelque chose d'inique, en étant par trop favorable au débiteur.

Nous avons vu, suivant en cela le mode d'exposition familier aux commentateurs, qu'on distinguait l'intercession cumulative, l'intercession privative, et un mode spécial d'intercession se présentant sous la forme de *mutui datio pro alio*. L'examen de ces diverses espèces d'intercession va nous dicter la manière dont on devra traiter le créancier dans chacune de ces hypothèses, pour que sa situation ne soit pas compromise.

Dans l'intercession cumulative, soit principale, soit accessoire, il suffisait de faire produire au s. c. les effets que nous lui avons assignés : refus d'action, droit d'opposer l'exception. La femme en intervenant, ayant fait un acte nul, son engagement disparaissait sans choquer trop ouvertement les principes, et sans préjudice appréciable pour le créancier. En effet, l'obligation du débiteur que la femme avait voulu cautionner ou avec lequel elle s'est obligée *correaliter*, subsistait intacte malgré la disparition de la personne de la femme. Sans doute, la sûreté donnée au créancier se trouvait diminuée par suite de cette suppression, mais du moins, l'effet ne devait pas se traduire en un bénéfice illégitime pour le débiteur ; le créancier avait manqué d'acquérir une garantie de plus, voilà tout.

Dans les deux autres modes d'intercession au contraire, si les choses se fussent simplement passées ainsi, il en fût résulté pour le créancier une situation tout à fait dangereuse et d'une injustice criante. Ici, en effet, la femme ne vient plus s'adjoindre à un autre débiteur. Dans un cas, elle prend la place de celui-ci qui est

libéré par son *expromissio;* dans l'autre, elle prend la place du débiteur qui n'a jamais été obligé envers le créancier, car c'est précisément l'intervention de la femme qui a empêché son obligation de se former. Le résultat serait donc de libérer un débiteur qui n'aurait pas payé le prix de sa libération, et de frustrer le créancier qui perdrait ainsi gratuitement toute voie d'action contre ce débiteur.

Voyons les moyens employés pour obvier à cet inconvénient.

A. — De l'action *restitutoria* ou *rescissoria.* — Supposons que la femme a intercédé sous la forme d'une *expromissio* dont l'effet a été de libérer le débiteur. Au créancier qui ne peut agir contre la femme, on enlève même l'action qu'il avait contre le débiteur primitif et à la place duquel il a consenti à accepter la femme en qualité d'obligée; mais cette action, il ne la perd que pour un instant de raison, on la lui rend sous la forme d'une action utile (1) qui prend alors le nom de *pristina actio* (L. 8 § 7 et 14 D. h. t.) d'action *restitutoria* (§§ 9, 12 et 13; ead. leg. L. 13. § 2 D. h. t.) ou *rescissoria* (L. 16. c. h. t.).

a. Caractères de cette action. — D'après quelques auteurs, il ne faudrait voir dans cette action restitutoire autre chose qu'une véritable *restitutio in integrum* accordée par le préteur. Ce cas, il est vrai, ne serait point visé spécialement dans les termes de l'Edit, mais il serait implicitement contenu dans la *clausula generalis* qui laisse une certaine liberté d'appréciation au magistrat: « *Item si quæ alia mihi justa causa esse videbitur in integrum restituam* » (L. 1. § 1. D. *ex. quib. caus.* 6-1). C'est l'opinion enseignée par Voët et Doneau (2), mais que ces auteurs ne nous semblent pas appuyer de raisons suffisamment

(1) Un fait analogue se passe au cas de *capitis deminutio* du débiteur. Le préteur rend au créancier l'action utile, *rescissa capitis diminutione* (Gaius, IV-38).

(2) Voët. *Comment. ad. Pand.* h. t. § 4. col. 577 et 578. — Doneau. *Comment. de droit civil.* L. XII. C. 31. § 3 et 4, col. 742.

convaincantes. Il nous suffira de rappeler quelques-unes des règles particulières à l'*in integrum restitutio* et de montrer qu'elles ne s'appliquent pas en notre matière pour prouver que leur manière de voir est inadmissible.

Disons d'abord qu'on ne peut trouver dans aucun des textes relatifs à l'*in integrum restitutio* formant cependant l'objet de plusieurs titres au Digeste (*De in int.* 4-1 ; *ex quib. caus.* ~~6-1~~), 4-6). aucune allusion à la situation du créancier qui a perdu son action par suite de l'intercession de la femme.

2° Dans l'ancien droit, l'*in int. rest.* doit être demandée sous peine de forclusion dans le délai d'une année utile ; sous Justinien, dans le délai de quatre ans continus ; au contraire, aucun délai n'est opposé à l'exercice de l'action restitutoire. La L. 10 *ad. s. c. vell.* 16-1, nous dit que cette action « *perpetuo competit* » ; nous aurons à expliquer plus loin le sens de ces mots.

3° L'*in int. rest.* n'est accordée par le préteur que *causa cognita* (L. 3. D. *de in int. rest.* 4-1.) ; or, au titre du s. c. Velléien, aucun des textes ne nous indique que cette restitution d'action soit précédée d'une *causæ cognitio.*

4° Dans le cas où la femme intercédante succède à l'ancien débiteur, le créancier est armé contre elle de deux actions qu'il peut exercer à son choix. Il a d'abord une action directe contre la femme, et l'action primitive qu'il avait contre le débiteur, qui lui est rendue sous le nom de *actio restitutoria* (1). Or, c'est là un résultat qui ne se rencontre pas dans *l'in int. rest.* Celle-ci n'est accordée qu'en l'absence de tout autre moyen de défense, et c'est sur ce point que doit porter tout spécialement l'examen du préteur dans la *causæ cognitio* (L. 16. pr. *de minor.* 4-4).

5° L'*in int. rest.* est qualifiée d'*extraordinarium auxilium* par Ulpien, qui l'oppose aux moyens de droit commun

(1) L. 8, § 13. D. h. t.

« *commune auxilium, merum jus* » (ead. leg. in fine). Or, nous trouvons exactement les mêmes expressions dans la L. 12 eod. tit. 4-4, où Gaïus nous dit que l'action sera restituée contre le premier débiteur, et cela, *communi jure*. C'est donc que l'action ainsi rendue au créancier n'offre pas les caractères de l'*in int. rest.* qui porte plus exactement la qualification d'*extraordinarium auxilium*.

Si, comme nous croyons l'avoir démontré, l'action restitutoire n'est pas une véritable *in int. rest.*, qu'est-elle donc exactement ? Pour nous, ce n'est autre chose que l'action primitive « *pristina actio* » qui est rendue au créancier, action basée sur une fiction qui consiste à faire considérer comme non avenue l'intercession de la femme. De même que le préteur dans certains cas *rescinde* une usucapion (contre-Publicienne) ou une *capitis deminutio minima* du débiteur (G. c. IV. § 38.), de même ici il restitue l'action « *rescissa intercessione* » (L. 32 § 5. D. h. t.).

A'. — De l'action Institutoire.

Mais pour qu'il puisse être question de restituer une action, il faut supposer évidemment que cette action a déjà existé, qu'elle a été à un certain moment dans les mains du créancier et que celui-ci l'a perdue en acceptant la femme pour sa débitrice. Il en résulte que dans cette série d'opérations que nous avons désignées sous le nom générique de *mutui dationes pro alio*, opérations qui ne deviennent des intercessions que par la collusion du créancier, il ne saurait être question de restituer contre le débiteur qui a manqué de s'obliger, une action qui n'a pas pu naître. Mais le créancier ne restera pas pour cela sans protection : l'action ne sera pas restituée, mais bien *instituée* en sa faveur ; on la regardera comme étant née effectivement à son profit en la personne même du débiteur, ce qui eût été d'ailleurs le résultat inévitable dans les rapports de ce débiteur et du créancier si la femme ne fût pas intervenue. L'obligation de cette dernière étant

supprimée, les choses se passeront comme si le premier contrat avait existé dès l'origine. Le débiteur sera tenu des mêmes voies de droit qui auraient été exécutoires contre la femme si elle avait pu s'obliger valablement : « *ut perindè obligetur eodem genere obligationis quo mulier est obligata* » (L. 8. § 14. D. ad. s. c. Vell. 16-1). Cette action ne prendra plus le nom d'*actio restitutoria :* elle s'appellera *institutoria*, car dit Ulpien « *quo casu instituit magis quam restituit obligationem* (ead. leg.). Cette action obéit aux mêmes règles que l'action restitutoire dont elle n'est qu'une variété ; aussi ce que nous dirons de cette dernière dans les explications qui vont suivre pourra également s'appliquer à l'action institutoire.

a. A qui est donnée l'action restitutoire. — On peut dire qu'elle appartient à tous ceux qui peuvent être repoussés par l'exception du s. c. Velléien ; à tous ceux qui se trouveraient dépourvus de moyens d'action par suite de l'intercession de la femme. Cela signifie qu'elle est rendue au créancier, à ses héritiers et autres successeurs universels, tant du droit civil que du droit prétorien (L. 10. D. h. t.). Le créancier aura droit à cette restitution, même s'il a fait acceptilation à la femme « *mulieri accepto tulerit* » après son intercession. En effet, quelle valeur a-t-il fait sortir de son patrimoine en renonçant à sa créance contre la femme ? Aucune, puisque cette créance était nulle. « *Inanem obligationem demisit* », dit Ulpien (L. 8 § 9. h. t.)

On lui restituera encore l'action s'il succède comme héritier à la femme intercédante. La confusion n'a pu s'opérer sur sa tête attendu que l'obligation de la femme n'a pu exister un instant de raison ; il a succédé à une personne « *non obligatæ cum effectu* » (L. 8. § 12. h. t.). Il ne peut pas être plus tenu que son auteur; sa qualité de débiteur s'efface, sa qualité de créancier reparaît.

Mais au cas de deux *correi-stipulandi*, l'action n'est pas restituée à tous les deux à la fois (L. 8. § 11. D. h. t.) à supposer que

la femme n'ait intercédé qu'auprès de l'un des deux créanciers, elle ne sera rendue qu'à celui-là : c'est que l'autre créancier n'a pas pu souffrir de cette intercession, elle ne lui a jamais été opposable. En effet, l'opinion qui semble avoir prévalu parmi les jurisconsultes romains et qui était celle enseignée par Vénuléius (L. 31. §1. D. *de nov.* 46-2), c'est que la novation qui émane d'un seul des créanciers éteint complètement l'obligation corréale (1). Par suite, la novation conservera tout son effet à l'égard de celui des créanciers avec lequel la femme n'a pas contracté ; il ne pourra pas se voir opposer le s. c. et ce sera par le fait de son co-créancier qu'il aura perdu son action contre le débiteur primitif. Comme le fait remarquer M. Demangeat qui analyse cette loi (2), si malgré la novation consentie par Primus, Secundus conservait son droit, Ulpien ne prendrait pas la peine de nous dire que l'action ne lui sera pas restituée. Cet auteur ajoute qu'on peut d'ailleurs parfaitement composer une hypothèse où les deux *correi-stipulandi* pourront demander la restitution de l'action. Par exemple, un débiteur que nous appellerons Tertius est sur le point de contracter une obligation au profit de deux co-créanciers Primus et Secundus lorsque une femme intervient et s'oblige envers ces deux créanciers à la place de Tertius. Elle pourra valablement leur opposer à tous les deux l'exception du s. c. ; aussi les deux créanciers seront-ils pourvus de l'action *institutoria*. Il ne faut voir là que la confirmation de l'un des principes posés au début de cette étude, à savoir que pour qu'il y ait intercession, la femme doit avoir contracté avec le créancier ; que si au cas de plusieurs créanciers, elle n'a contracté qu'avec l'un d'eux, il ne

(1) On peut parfaitement supposer dans l'espèce de la L. 8. § 11 ci-dessus que l'un des créanciers a stipulé *novandi animo*, en acceptant la femme comme expromissor.

(2) Des oblig. solid. en droit romain, p. 61 et seq.

peut y avoir intercession que dans cette mesure, et il ne peut être question de restitution d'action que dans la même mesure.

b. Contre qui est donnée cette action. — On peut dire que l'action sera rendue contre tous ceux qui ont bénéficié de l'intervention de la femme, c. à. d. contre tous ceux qui se trouvent libérés par suite de son intercession (L. 8. § 11 D. h. t.). Ce seront :

1° Le débiteur primitif, « *in veterem debitorem* » (L. 1. § 2. D. h. t.), et cela, même au cas où ce débiteur aurait été libéré avant l'intercession de la femme par l'acceptilation que lui a faite le créancier (L. 8 § 7. D. h. t). Cette disposition qui pourrait au premier abord sembler exceptionnelle, n'est que l'application de cette règle générale que pour qu'il puisse être question de restituer l'action, il faut, mais il suffit que le débiteur primitif ait été libéré de son obligation. Cette libération pourra résulter soit d'une novation, soit comme dans notre hypothèse, d'une acceptilation que le créancier lui aura faite dès avant l'intercession de la femme, parce qu'il sait que cette dernière va s'obliger à sa place.

Supposons deux co-débiteurs solidaires, la femme intercède en faveur d'un seul d'entre-eux; c'est, on le voit, l'hypothèse inverse de celle que nous avons examinée plus haut au cas de plusieurs co-créanciers. La loi 20 D. h. t. décide que le créancier recouvrera l'action contre tous les deux; c'est que la novation faite avec l'un des débiteurs profite également à l'autre. Il fallait donc les faire retomber l'un et l'autre dans les liens de l'ancienne obligation.

2° Les héritiers et autres successeurs du débiteur (L. 10. D. h. t.).

3° L'action est aussi rendue contre les fidéjusseurs du débiteur primitif (L. 14. D. h. t.).

4° Contre la femme si elle vient à succéder au débiteur originaire (L. 8. § 13. D. h. t.). Le créancier aura de plus l'action

directe contre la femme qui n'a aucun intérêt à être poursuivie par l'une de ces actions plutôt que par l'autre.

5° Contre le père du fils de famille, ou contre le maître de l'esclave quand la femme s'est obligée pour ce fils de famille ou pour cet esclave (LL. 9 et 32 § 5. D. h. t.).

Remarquons que dans le cas de *mutui datio pro alio*, l'action est donnée contre une personne qui n'a jamais été débitrice, son obligation n'ayant pu se former à cause de l'intercession de la femme qui s'y est substituée.

c. Cas où il n'y a pas de restitution de l'action, soit que cette restitution fût impossible, soit qu'elle fût inutile.

Si on restitue au créancier l'action primitive, ou si on en crée une nouvelle en sa faveur, c'est seulement pour qu'il ne subisse pas un préjudice, ou plus exactement pour que le débiteur ne s'enrichisse pas à ses dépens. Si donc le créancier se trouve suffisamment couvert d'un autre côté ; si par exemple il conserve une action contre l'ancien débiteur ou contre la femme, ou encore s'il a été désintéressé par cette dernière, il faudra lui refuser cette restitution. Dans le cas où le créancier n'aura conservé aucune action contre l'ancien débiteur, ce refus aura pour effet de libérer complètement ce dernier.

On la refusera :

1° Toutes les fois que l'on se trouvera dans l'une des hypothèses que nous avons signalées comme renfermant des exceptions au s. c. Velléien (v. p. 52). Le s. c. n'étant pas applicable, la femme est valablement obligée et son obligation peut être ramenée à exécution ; dès lors, le débiteur dont elle a pris la place sera définitivement libéré.

2° Lorsque la femme a payé en parfaite connaissance de cause, c'est-à-dire sachant que l'exception du s. c. la dispensait de le faire (L. 8. § 10). Le créancier n'a pas besoin qu'on lui rende l'action puisque la femme s'est mise dans l'impossibilité de

se ménager le droit de répéter : elle a payé valablement, le créancier est à l'abri de tout danger.

3° Dans l'espèce suivante rapportée par Ulpien dans la L. 8 § 8. D. h. t. Le créancier fait acceptilation à son débiteur sous la condition que celui-ci lui fournira un *expromissor* pour s'obliger à sa place. Le débiteur lui donne comme *expromissor* une femme, qui par suite peut invoquer l'exception du s. c. Velléien puisqu'elle se trouve jouer ainsi le rôle d'*intercessor*. Le créancier perd bien son action primitive contre le débiteur qui est libéré, mais il n'est pas nécessaire quand même de lui donner l'action *utile restitutoria*, car il a à sa disposition un autre moyen pour agir contre le débiteur. Ce dernier n'a pas exécuté sa promesse pendant que lui de son côté a satisfait à la sienne ; c'était un *expromissor* sérieux qu'il était en droit d'attendre du débiteur, et c'est la garantie illusoire d'une femme que celui-ci a substituée à la sienne : c'est comme s'il s'était dérobé à son engagement « *cur enim interest non det, an talem det ?* ». Le créancier aura contre lui la *condictio causa data, causa non secuta* » (L. 4. D. *de cond. caus. dat.* 12-4.).

4° Dans le cas de la L. 32. § 4. D. h. t. La femme veut défendre en justice au nom de celui pour qui elle a intercédé. Nous savons que pour que son offre soit acceptée, elle doit donner caution de ne pas invoquer l'exception du s. c. Velléien. Dès lors, le débiteur se trouve libéré et c'est la femme qui est tenue à sa place.

5° Signalons enfin des hypothèses où le créancier n'aura de recours ni contre le débiteur, ni contre la femme, lorsque par exemple la femme a intercédé pour un pupille auquel la loi défend de s'obliger *sine auctoritate tutoris* (en réservant toutefois le cas où il se serait enrichi par le contrat) ; ou bien encore, lorsqu'elle a intercédé pour un mineur de 25 ans qui peut demander l'*in integrum restitutio*, ou pour un fils de famille qui s'est obligé

7.

contrairement au s. c. macédonien « *vel filius contra s. c^tum contracturus est* » (L. 8. § 15. D. h. t.).

d. A partir de quand, dans quelle mesure, et jusqu'à quelle époque l'action restitutoire peut-elle être exercée ?

Le créancier peut exercer son action dès que bon lui semble, dès l'instant même où la femme a intercédé, « *statim cum mulier intercesserit* » (L. 24. § 2. h. t.). Et c'est là une disposition qui est favorable à la fois au créancier et au débiteur. Le créancier en effet, sort ainsi de la situation pénible où le tenait son incertitude relativement aux moyens de recours qui sont entre ses mains ; et de son côté, le débiteur ne saurait se plaindre d'une solution immédiate puisque tôt ou tard, mais dans tous les cas, il est certain que les poursuites retomberont sur lui (L. 13. § 2. D. h. t.). Si donc, l'intercession a eu lieu *sub conditione* ou *in diem*, dit Gaius (ead. lege), le créancier pourra exercer l'action restitutoire même *pendente conditione* ; il est inutile d'attendre l'arrivée du terme ou l'accomplissement de la condition. Il semble cependant résulter de la L. 24. § 2, qu'on discutait la question de savoir si le créancier pouvait agir « *statim* » contre l'ancien débiteur, ou s'il devait attendre le moment où la femme ayant payé voulait exercer la *condictio indebiti*. Mais Paul tranche la question dans le sens de la négative, et restitue l'action aussitôt l'intercession opérée : on n'aura pas besoin d'attendre que la femme oppose la nullité de son intercession.

Voyons maintenant dans quelle mesure cette action est rendue ou donnée au créancier. L'étude de cette question nous fera résoudre implicitement une autre question annoncée plus haut, celle de savoir jusqu'à quelle époque il est permis au créancier de s'en prévaloir.

L'action primitive est restituée telle qu'elle était à l'origine, et elle est donnée telle qu'elle aurait été si elle avait réellement pris naissance au moment du contrat passé avec la femme, et si

au lieu de contracter avec la femme, le créancier eût traité avec le débiteur que l'intercession de cette dernière a dispensé de s'obliger : nous voulons parler ici de l'action institutoire. L'action restitutoire, tout comme celle-ci, revêtira la nature et la durée propres à l'action primitive (1), c'est-à-dire qu'elle sera perpétuelle si celle-ci était perpétuelle; temporaire si elle n'était que temporaire : en un mot, le débiteur doit être remis dans la situation où il eût été sans l'intervention de la femme « *integra causa pristina restituenda est* ». C'est cette règle qui doit nous servir à expliquer les termes un peu laconiques employés par Ulpien dans la L. 10, h. t. quand il se contente de nous dire en nous parlant de la durée de ces actions que « *perpetuo competunt* ». Il ne faut pas les entendre en ce sens qu'on peut les exercer à quelque moment que ce soit; on ne comprendrait pas que la restitution pût faire d'une action temporaire une action perpétuelle, cela veut dire simplement que l'action donnée à cette occasion par le préteur peut être perpétuelle, qu'elle est calquée en un mot sur l'action primitive. D'ailleurs, la L. 24 § 3, h. t. lèverait tous les doutes à cet égard. Paul nous dit que lorsque le débiteur était tenu d'une action temporaire, l'action qu'on restitue au créancier sera aussi temporaire.

La suite de ce texte renferme quelques difficultés d'interprétation, et pour l'expliquer, certains auteurs ont cru devoir le corriger. Paul nous dit que l'action restituée par le préteur sera temporaire si l'autre l'était déjà, et il ajoute : « *Sic tamen ut ex præcedenti causa, tempora numerarentur post restitutionem;* QUAMVIS *statim atque intercessit mulier competierat* ». Cujas (2) et après lui Pothier (3) corrigent le texte et pensent qu'il faut

(1) « Talis adversus priores debitores restituitur actio qualis fuerat ». Pothier, *Pand. just.* ad. hoc. tit. § 4 n° 46.
(2) Ad leg. ult. tit. *de minor.* XXV annis, t. I, col. 1010. c.
(3) *Pand. just.* h. t. § 4, n° 46, note 3.

lire *quia* ou *quoniam* à la place de *quamvis*; alors, le sens serait celui-ci : « Les délais de cette action restitutoire doivent être calculés à compter du jour où l'obligation primitive a pris naissance; ces délais n'ont jamais dû subir d'interruption, car, jamais le créancier n'a été empêché d'agir contre le premier débiteur : *en effet*, dès le moment même où la femme s'est portée *expromissor*, il a pu encore agir contre le débiteur, non plus assurément par l'action primitive, mais par l'action *restitutoria* ».

Il nous semble qu'on peut arriver à une explication satisfaisante sans recourir à une altération du texte, ce qui est toujours dangereux. La pensée de Paul serait d'après nous la suivante : Le créancier a pu demander la restitution de l'action dès l'instant même où la femme a intercédé; c'est là un point que nous avons déjà établi, mais la loi ne lui en fait pas une obligation. Si donc il apporte quelque retard dans sa demande en restitution, ce retard ne saurait lui nuire; mais comment comptera-t-on le délai une fois l'action obtenue, car, nous sommes ici en présence d'une action temporaire dont l'exercice est limité dans sa durée? Le délai pour intenter notre action commencera à courir du jour où l'ancien débiteur a traité avec le créancier « *ex præcedenti causa* », mais la prescription sera interrompue depuis le moment de l'intercession jusqu'au moment où l'action est restituée au créancier. Ce n'est qu'alors que le délai commencera à courir de nouveau « *post restitutionem* », et ce ne sera pas un délai utile, *utile tempus*, mais un délai continu « *continua tempora* »; on comptera chaque jour, sans distinguer ceux où le créancier a été dans l'impossibilité d'agir.

e. Dispositions spéciales relativement aux gages ou droits d'hypothèque constitués par le premier débiteur.

Mais, si le succès du créancier en ce qui concerne l'exercice de l'action personnelle est subordonné à la restitution de cette

action, il n'en est pas de même en ce qui concerne l'exercice de l'action hypothécaire, au cas de constitution d'un gage par le débiteur primitif. Gaius nous dit (L. 13 § 1, D. h. t.) que le créancier n'a pas besoin d'une nouvelle action, car l'action hypothécaire, ajoute-t-il, a conservé toute sa portée et frappe toujours le gage « *cum actio hypothecaria, in his pignoribus utilis sit* ».

Nous sommes ici en présence d'un résultat qui serait bien fait pour nous étonner dans notre droit actuel, à savoir qu'un droit accessoire (l'hypothèque) survit à un droit principal (l'obligation personnelle); mais en droit romain il n'en était de même : le créancier pouvait avoir perdu son action contre le débiteur, et avoir malgré cela conservé son action réelle sur les garanties données par le même contrat. C'est qu'à Rome l'hypothèque a une existence propre, indépendante, et elle ne s'éteint que par des modes spéciaux. Il faut que le créancier ait reçu le paiement de ce qui lui est dû, ou une satisfaction équivalente, sinon l'hypothèque subsiste « *quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet* ». La condamnation du débiteur, et le fait même pour le demandeur d'avoir entre les mains l'*uctio judicati* ne semblent pas une satisfaction suffisante (L. 13 § 4, D. *de pign. et hyp.* 20-1); or, dans l'espèce de la loi 13 § 1, ad s. c. vell. qui nous occupe, le créancier n'a pas été payé, et il n'a pas reçu satisfaction, car l'intercession de la femme est pour lui comme non-avenue; il peut donc exercer l'action hypothécaire, puisque l'hypothèque subsiste « *verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam* ».

Enfin, dans sa sollicitude à protéger le créancier, le préteur est encore allé plus loin, et quelquefois il reconnait au créancier un droit réel sur des objets qui n'ont jamais été affectés à la sûreté de sa créance : un exemple nous en est rapporté par Paul

dans la L. 29, h. t. Au lieu de contracter avec les héritiers de Titius qui veulent emprunter une somme d'argent, Primus, le créancier qui a des doutes sur leur solvabilité, préfère avoir pour débiteur la veuve, à laquelle il prête cette somme sur hypothèque. La femme, à son tour, prête à son fils la somme qu'elle vient de recevoir de Primus, moyennant aussi la constitution d'un gage. D'abord, dit le jurisconsulte Paul, l'intercession de la femme rend nul le droit d'hypothèque qu'elle a consenti au créancier « *pignora ab ea data non teneri* ». Quant aux objets que de son côté la femme a reçus des héritiers comme gage, il est évident qu'ils ne garantissent pas davantage la créance de Primus, car ce n'est pas en sa faveur qu'ils ont été constitués. Cependant, ajoute Paul, le préteur agira sagement en donnant au créancier une action contre les héritiers de Titius, débiteurs originaires « *principales debitores* », mais que l'intercession de la femme avait dispensés de s'obliger (cette action sera l'action institutoire); et, en outre, le préteur fera bien d'accorder au créancier une action réelle sur les objets que la femme avait reçus de ses fils pour gage de la somme prêtée, absolument comme si c'était au créancier lui-même que ces objets eussent été engagés.

CHAPITRE VII

INNOVATIONS DE JUSTINIEN

Nous avons déjà rencontré plusieurs décisions rendues par Justinien en notre matière, et nous avons pu voir que tantôt elles consacraient des exceptions au principe de l'incapacité velléienne, tantôt elles visaient des cas où il n'y avait pas intercession et où par suite, la femme avait pu s'obliger valablement. Parmi les premières, nous avons rangé les intercessions *pro libertate* et *pro dotè*, la renonciation faite *post biennium*, par acte public; parmi les secondes, le cas où il est démontré que la femme a reçu *aliquid* pour prix de son intercession. Ce sont là autant d'hypothèses dans lesquelles la femme aurait pu avant Justinien invoquer avec succès le s. c. et faire tomber l'acte qu'elle aurait souscrit à cette occasion. Mais là ne se sont pas bornées les innovations de cet empereur; il a édicté de nouvelles dispositions en ce qui concerne les conditions de forme que devra désormais revêtir l'acte d'intercession quand la femme intercèdera pour un étranger, et en ce qui concerne l'intercession de la femme pour son mari. Ces innovations font l'objet de la L. 23. § 2. c. h. t., et de la novelle 134. ch. VIII, mieux connue sous la dénomination de l'authentique *si qua mulier*.

§ 1. La femme intercède pour un autre que son mari. — Une tendance bien marquée et qui s'accentue tous les jours davantage, c'est une plus grande liberté de la femme à s'obliger pour d'autres, du moins pour d'autres que son mari. On multiplie les cas où son intercession sera valable et par là même on dimi-

nue d'autant les cas d'application du s. c. velléien, mais en même temps on entoure l'intercession de la femme de certaines formalités qui ont pour objet de lui faire sentir la gravité de l'obligation qu'elle va contracter, de manière à ce qu'elle ne s'engage pas à la légère : nous voulons parler de la formalité d'un acte public. C'est en effet ce qu'exigé Justinien dans la L. 23, § 2, dont voici textuellement les termes : *Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publicè confecto, et a tribus testibus subsignato, accipiant homines a muliere pro aliis confessionem* », la sanction suit immédiatement. Si on a observé ces formalités, la femme sera obligée et tout se passera comme sous l'ancien droit et d'après les constitutions impériales ; que si on a passé outre, l'obligation de la femme sera considérée comme non avenue, tout disparaitra, et pour triompher, elle n'aura pas même besoin d'opposer l'exception du s. c. Velléien.

Malgré l'apparence de clarté qui se dégage de ces décisions, des controverses sans nombre se sont élevées sur le point de savoir à quels cas au juste s'appliquait la sanction édictée par Justinien.

Dans un premier système créé par le glossateur Bulgarus, et qui date du XII° siècle, on soutient que la formalité d'un acte public n'est exigé que dans les cas où la femme intercédante peut invoquer le s. c. Velléien, et l'accomplissement de cette formalité aura pour effet de l'obliger absolument ; elle ne pourra plus se retrancher derrière l'exception. En ce qui touche aux hypothèses que nous avons mentionnées comme autant d'exceptions au s. c. et dans lesquelles par conséquent la femme est efficacement obligée, Justinien n'aurait pas innové ; en l'absence même d'un acte public, la femme serait tenue par son engagement.

Dans un deuxième système dû au Glossateur Martinus et qui

date aussi du XIIe siècle, on exige un acte public dans tous les cas, aussi bien lorsque la femme peut invoquer le s. c. que lorsque par exception elle est valablement tenue.

Enfin dans un troisième système qui est le plus récent et qui a été inauguré en Allemagne vers 1829 par M. Valett (1), on admet bien, comme dans le premier, que la formalité d'un acte public est inutile quand la femme se trouve par exception dans l'un des cas où son intercession est valable, mais de plus, on soutient qu'il suffira de l'observation des formalités prescrites pour que la femme soit efficacement obligée dans tous les cas, sans pouvoir jamais opposer l'exception du s. c.

Le premier et le troisième système ont selon nous un défaut capital, c'est de heurter trop ouvertement le texte de notre L. 23, § 2. Justinien nous dit en effet que si on a observé les formes qu'il prescrit, alors, tout le droit ancien et nouveau, règles et exceptions, relatif à l'intercession de la femme, devra trouver son application, et qu'en l'absence de ces formalités, l'opération sera considérée comme nulle et non avenue. Or, ces deux systèmes n'en tiennent aucun compte, le premier en décidant que la femme sera obligée, même en l'absence d'acte public, pourvu qu'elle se trouve dans l'un des cas où par exception on lui permet d'intercéder (et nous venons de voir que tout le droit antérieur, règles et exceptions, ne reprend son empire que si on a observé les formalités nouvelles); le troisième, en décidant que la femme sera engagée dans tous les cas, car la formalité d'un acte public n'a d'autre effet que de rétablir l'application des principes du droit antérieur, et dans le droit antérieur, le principe, en notre matière, c'est l'incapacité pour la femme de s'obliger pour autrui, c'est l'inefficacité de l'intercession.

Ces deux systèmes éliminés, reste le second qui nous semble

(1) Lehrbuch. § 584.

seul expliquer d'une manière satisfaisante les nouvelles dispositions de la L. 23. § 2.

La seule question à examiner sera la suivante : Y a-t-il eu, ou n'y a-t-il pas eu rédaction d'un acte public signé de trois témoins ? Cette question, d'ailleurs, laisse entière celle de savoir si on se trouve ou non dans l'une des hypothèses où l'intercession est permise ou prohibée. Cette dernière fera l'objet d'un examen ultérieur, mais elle ne sera examinée que si on a suivi les formalités exigées ; hors de là, nullité absolue, inexistence de l'obligation, inutilité d'opposer l'exception du s. c. « *ut nec sc*ti *auxilium imploretur* ». A-t-on observé ces formalités au cas où l'obligation qui est présentée offrira les caractères d'une intercession prohibée ? L'observation de ces formalités ne saurait avoir pour effet de valider cette intercession ; elle sera appréciée d'après les règles contenues dans l'ancien droit et les constitutions impériales, c'est-à-dire qu'on refusera toute action contre la femme, ou que celle-ci par l'exception s. cti Velli repoussera l'action donnée contre elle ; de même, si l'obligation dont il s'agit rentre dans l'une des exceptions formulées par le même droit, et qui reconnaissent la validité de cette intercession, cette obligation sera déclarée valable s'il en a été rédigé un acte public.

C'est donc l'application de l'ancien droit et des constitutions impériales qui est maintenue, mais en l'entourant de formalités destinées à éclairer la femme sur l'importance de l'acte qu'elle va conclure. Remarquons que, grâce à ces modifications, et bien qu'on applique les mêmes règles que dans le droit antérieur, les résultats ne seront pas les mêmes : par exemple, au cas où on n'aura pas rédigé d'écrit, l'obligation de la femme sera comme non avenue, et cependant il peut se faire qu'on se trouve dans une des hypothèses où, par exception, elle aurait pu valablement intercéder d'après les principes de l'ancien droit et les constitutions impériales ; et ce résultat se concilie assez bien avec les

motifs que Justinien donne à l'appui de sa nouvelle constitution. S'il exige toutes ces formalités encombrantes, c'est pour que les femmes ne s'obligent pas mal à propos pour autrui « *ne mulieres perperam sese pro aliis interponant* »; il a donc voulu étendre les moyens de protection en faveur de la femme.

Si comme nous le croyons, l'opinion que nous soutenons est de toutes celles qui ont été présentées la seule admissible, nous sommes bien obligés d'arriver à cette conclusion : c'est que, s'il est vrai de dire que sous Justinien, ou du moins à partir de la promulgation de la constitution 23, le nombre des hypothèses où on permet à la femme d'intercéder pour autrui s'est accru considérablement, d'un autre côté, on doit ajouter pour être exact, que le législateur s'est montré plus exigeant que le droit classique sous le rapport des formes que devra revêtir dorénavant l'acte d'intercession; l'intercession est devenue en même temps plus difficile. On pourrait se demander ici pourquoi Justinien a accumulé dans le § 2 de la L. 23 tant de rigueurs et de précautions. Nous savons que dans le pr. de la même loi, cet empereur avait à peu près abrogé le s. c. Velléien en prononçant la validité de l'intercession de la femme dans le cas ou il pourrait être prouvé qu'elle avait reçu quelque chose pour prix de son engagement. Peut-être Justinien a-t-il voulu réagir aussitôt, et dans le même texte, contre les conséquences dangereuses de la disposition législative qu'il venait d'édicter, et après avoir rendu l'intercession trop facile, introduire des restrictions tendant à prévenir les abus qui devaient en résulter. Le § 2 ne s'appliquera que dans les cas où la preuve exigée par le pr. de notre loi n'aura pu être fournie, c'est-à-dire au cas d'intercession « *sine scriptis, vel instrumento non sic confecto* », car on ne peut admettre que dans le § 2, Justinien ait voulu abroger complètement l'innovation posée si solennellement dans le pr. de la loi 23. Or, il n'est pas douteux que l'intercession est encore valable quand elle n'a pas eu lieu

par écrit, ou qu'elle a été constatée dans un écrit dépourvu des formes requises, à la condition cependant que le créancier fasse la preuve exigée par cette nouvelle constitution.

Mais si les intercessions sont devenues plus difficiles par suite de ce surcroît de formalités, s'en suit-il forcément qu'elles soient devenues plus rares ? Nous ne le pensons pas. Le seul effet que produisent le plus souvent ces formalités requises par le législateur, c'est de n'opérer de rapprochement qu'entre des parties parfaitement éclairées sur leurs droits respectifs et sur les engagements qu'elles vont prendre (1); et lorsque deux personnes sont sérieusement décidées à contracter, ce n'est pas l'obligation d'observer telle ou telle forme qui les empêchera de donner suite à leur projet de contrat.

§ II. La femme intercède pour son mari. — Nous avons vu que le s. c. Velléien en édictant la prohibition absolue d'intercéder « *pro ullo* », n'avait fait qu'appliquer à l'intercession pour un étranger le principe déjà établi par Auguste et confirmé par Claude qui défendait aux femmes mariées d'intercéder pour leur mari. Ainsi donc, sur la question qui nous occupe, historiquement les premiers actes législatifs sont les édits d'Auguste et de Claude. C'était Justinien qui devait rendre les dernières décisions que nous rencontrons sur la matière ; elles font l'objet de la novelle 134, c. VIII, ou authentique « *si qua mulier* ».

Les règles du s. c. Velléien, tel qu'il était sorti des mains du Sénat, s'appliquaient indistinctement à l'intercession de la femme pour un étranger et pour son mari. Il en résultait que dans les cas où par exception on admettait la validité de cette obligation

(1) Il nous serait facile de citer dans notre droit actuel, telles catégories de contrats qui bien qu'exigeant les formalités d'un acte public, n'en sont pas moins d'un usage journalier dans la pratique ; en dehors de la donation, nous citerons seulement la constitution d'hypothèque (art. 2127); la renonciation par la femme à son hypothèque légale (L. 23 mars 1855, art. 9); la radiation d'une inscription hypothécaire (art. 2158. c. c.).

pour un étranger, on devait aussi l'admettre quand la femme avait intercédé pour son mari. Justinien, plus radical, décide dans la novelle 134 que toute obligation de la femme pour son mari est nulle et non avenue. « *Nulla tenus valere... ita esse ac si neque factum quidquam, neque scriptum* » la femme l'eût-elle renouvelée plusieurs fois « *sive semel, sive multoties hujusmodi aliquid pro eadem re fiat* », l'eût-elle consignée dans un acte public « *sive privatum sive publicum sit debitum* ».

Les termes de la novelle visent le cas le plus habituel d'intercession de la femme pour son mari, celui où elle intervient dans un acte d'emprunt fait par son mari, et oblige soit sa personne, soit sa chose envers le créancier de celui-ci. Cette intervention sera comme si elle n'avait pas eu lieu.

Mais Justinien apporte aussitôt un tempérament à la rigueur de sa nouvelle décision : nullité de l'obligation, tel est le principe, mais il y aura un cas où, par exception, on validera cette obligation : c'est lorsqu'il sera clairement démontré que l'argent a été employé dans l'intérêt de la femme « *nisi manifestè probetur quod pecuniæ in propriam ipsius mulieris utilitatem expensæ sint* ». Mais cette exception étant spécialement indiquée par la novelle, il en résulte qu'on ne saurait l'étendre à d'autres cas. La novelle s'appliquera donc aux opérations par lesquelles la femme gère sa propre affaire, quand même elle aurait reçu quelque chose en retour, conformément à la L. 23, c. pr., et aussi aux intercessions faites par elle *animo donandi*. Remarquons en passant que la nullité résultant de la novelle au cas d'intercession faite *animo donandi*, ne pourra être couverte par aucun laps de temps, à la différence de la nullité résultant de la donation faite entre époux qui, en général, peut être couverte lorsque le donateur persévère jusqu'à sa mort dans sa volonté de donner (L. 32, § 2 D. *de donat. int. vir. et ux.* 24-1). Enfin, il est inutile d'ajouter que la novelle s'appliquera dans tous les cas où sous l'empire du s. c. la femme intercédait valablement pour un étranger.

Mais elle cessera de s'appliquer aux actes qui ne deviennent des intercessions que par la collusion du créancier, alors du moins que celui-ci a pu ignorer l'intercession, ou bien lorsque la femme emprunte une somme d'argent avec son mari. Cependant, la femme ne serait pas obligée s'il était démontré qu'en réalité l'emprunt a été fait dans l'intérêt exclusif du mari, et que le mari en avait parfaitement connaissance. Enfin, la novelle suppose que la femme est engagée dans les liens du mariage quand elle intercède; donc, au cas où nous serions en présence de l'intercession d'une veuve pour les dettes de son mari prédécédé, nous devrions décider qu'elle est valablement obligée, si toutefois on a obéi aux prescriptions de la L. 23, § 2, relatives à l'acte public.

Il résulte des explications que nous venons de donner, que la prohibition de la novelle est plus étendue que celle du s. c., et qu'elle frappe des actes que le s. c. n'atteignait pas. Ces réformes furent dictées à Justinien par son désir de conserver la dot dans l'intérêt général de la famille ; il ne voulait pas que la femme pût aliéner indirectement son patrimoine en cautionnant la dette de son mari ; c'est pour cela qu'il décide que son intercession sera radicalement nulle.

En résumé, et pour présenter dans leur ensemble les différents points que nous avons essayé d'établir dans le cours de cette étude, nous croyons être en droit de formuler comme suit le résultat de notre travail.

En ce qui concerne la capacité pour la femme de s'obliger dans son propre intérêt, elle est à peu près absolue à l'époque classique, et ses contrats la lient valablement. En ce qui touche la capacité de s'obliger pour autrui, sous Auguste et dans les commencements du règne de Claude, la femme peut intercéder pour d'autres que son mari ; quelques années plus tard, le s. c. Velléien vient rétrécir cette capacité et édicter une prohi-

bition générale qui s'applique indistinctement à tous les débiteurs quels qu'ils soient.

Si maintenant nous passons à l'époque de Justinien, nous voyons que la femme contracte valablement pour ses affaires personnelles, mais les innovations de cet empereur résultant des lois 22 et 23 au code ad. s. c. Vell. permettent d'éluder dans une certaine mesure l'antique prohibition du s. c. Enfin, la novelle 134, c. VIII défend absolument à la femme d'intercéder pour son mari ; d'où l'on peut conclure que sous Justinien, quand la femme intercède pour d'autres que son mari, la capacité est la règle et l'incapacité l'exception, et que lorsqu'elle intercède pour son mari, l'incapacité au contraire, devient la règle. Nous voilà donc revenus, ou à peu près, à la législation existante au moment où parut le s. c. Velléien ; et ce n'est pas la seule matière du droit romain où il nous soit donné de constater un retour fait par cet empereur au point de départ de la législation primitive (1).

(1) C'est ainsi qu'il supprime la propriété bonitaire (L. unic. c. *de nudo jure quirit. tollend.* 7-25), ne laissant subsister que l'antique propriété quiritaire, seule forme de propriété existant dans le principe, s'il faut en croire le témoignage de Gaius (II. 40).

APPENDICE

CE QU'EST DEVENU PAR LA SUITE, DANS NOTRE DROIT FRANÇAIS, LE S. C. VELLÉIEN

Le s. c. Velléien passa dans le droit ancien tel qu'il était sorti de la législation de Justinien qui lui avait donné sa dernière forme ; il fut universellement accepté en France, tant par les pays de droit écrit que par ceux de droit coutumier (1). Mais, vers le XVI[e] siècle, une réaction s'opéra, qui devait avoir pour résultat de faire disparaître peu à peu cette vieille institution : nous voulons parler de l'habitude qui s'introduisit insensiblement de permettre à la femme de renoncer au bénéfice du s. c. Velléien. Il arriva, ce qui arrive toujours, quand les parties veulent éluder les prohibitions d'une loi qui a fait son temps. Ces clauses de renonciation devinrent de style, et les notaires ne manquaient jamais de les insérer dans l'acte solennel rédigé à cet effet, acte qui, dans la pensée de la loi, devait être un moyen de protection pour la femme, mais qui souvent en réalité ne servait qu'à surprendre la bonne foi du créancier, car, le contrat était déclaré nul par la jurisprudence dans le cas de la moindre omission ou inexactitude dans la formule employée. Ces sortes de renonciation avaient donc pour effet habituel de donner le jour à des procès sans fin, d'où des désordres sans nombre. En présence de cet état de choses, Henri IV, sur la proposition du chancelier de Sillery, ren-

(1) Excepté, dit Merlin, « dans quelques lieux particuliers où il était » permis à la femme, par la coutume, de s'obliger pour autrui ». Merlin, *rép.* v° s. c. Vell. (§ 1, n° VII).

dit au mois d'août 1606 un édit par lequel il défendit aux notaires « d'insérer à l'avenir dans leurs contrats aucune renonciation au s. c. Velléien et aux privilèges du sexe ». Quant à la sanction, c'était d'abord la suspension, et une amende arbitraire contre le notaire contrevenant.

Il ne faudrait pas croire, que par cette décision, le roi ait entendu rendre au S. C. Velléien son ancienne application; la suite du texte de l'Edit ne peut laisser aucun doute à cet égard. Il y est dit que « les contrats souscrits par les femmes auront même effet, force et vertu, que si toutes ces renonciations y eussent été bien et dûment spécifiées ». Cela veut dire, en d'autres termes, que Henri IV abolissait par là-même le S. C. Velléien, puisqu'il déclarait que la femme serait obligée en dehors de toute renonciation.

Les parlements ne devaient pas être unanimes à enregistrer cet édit. Il fut d'abord enregistré par celui de Paris; celui de Franche-Comté ne l'enregistra qu'en 1704, c'est-à-dire près d'un siècle après sa promulgation; quand au parlement de Normandie, jamais il n'y consentit. C'est que, de toutes les provinces françaises, la Normandie était celle où le S. C. Velléien avait toujours été entendu avec le plus de rigueur. Aussi, pendant que l'habitude de renoncer à ce bénéfice pénétrait peu à peu dans les autres provinces, celle de Normandie restait fidèle à la tradition primitive; l'intercession y avait toujours été regardée comme nulle de plein droit, d'où il résultait que ni la femme, ni ses héritiers, n'avaient besoin de lettres de rescision pour invoquer le S. C., et que la nullité qui en résultait pour eux ne pouvait se couvrir par une ratification ultérieure ou par le délai de dix ans (1). Le S. C. Velléien était encore observé au XVIIIe siècle dans les parlements de Bordeaux, Toulouse, Pau,

(1) Merlin, *op. cit.* Vo S. C. vell. § 1, no VIII.

Aix et Grenoble ; il devait résulter de ces résistances des parlements à enregistrer l'Edit de 1606, des divergences inévitables dans la jurisprudence des provinces, d'où naissaient forcément des questions de statuts. Aussi, nos anciens auteurs s'en occupent-ils avec soin dans leurs écrits (1).

Cette unification que l'Edit de 1606 avait été impuissant à accomplir, le code civil est enfin venu l'opérer ; il a complètement abrogé le S. C. Velléien et toutes les lois qui s'y rapportaient. Cette abrogation résulte de l'article 1123 compris sous le Titre III du Livre III du code civil, promulgué par Décret du 27 pluviôse an XII. Aujourd'hui, la femme, même mariée, peut aussi bien s'obliger pour un autre que pour elle-même ; elle peut même s'obliger pour son mari, pourvu qu'elle soit dans tous ces cas dûment autorisée (2).

(1) La question qui se posait pour eux, et qui pour nous n'a d'importance et ne peut se poser aujourd'hui que d'Etat à Etat, était celle de savoir si le S. C. Velléien était un statut personnel ou un statut réel. Par exemple, une femme normande, cautionnant à Paris, était-elle oui ou non obligée? V. Boullenois : *Questions sur la démission de biens ; question (bis) sur les statuts personnel, réel et mixte*, p. 135. — Froland : *Mémoires concernant la qualité des statuts*, t. II, n° VI, p. 978 et seq. — Pothier : *Traité des obligations*, n° 387.

(2) Voici le texte de l'article 1123 : Toute personne peut contracter si elle n'est déclarée incapable par la loi ». On peut en rapprocher les articles 1124, 1125, 1427, 1431 du code civil.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT FRANÇAIS

LA GUERRE CONTINENTALE

DANS SES RAPPORTS AVEC LA PROPRIÉTÉ

BIBLIOGRAPHIE

Actes de la conférence de Bruxelles (Imprimerie du Moniteur belge). Bruxelles, 1874 (1).

BLUNTSCHLI. *Le droit international codifié*, trad. Lardy. 2e éd. Paris, 1874.

BRENTANO ET SOREL. *Précis du droit des gens*. Paris, 1877.

CALVO. *Le droit international théorique et pratique*, 2e éd. Paris, 1870-1872.

DE CLERCQ. *Recueil des traités de la France*, 12 vol. Paris, 1864-1881.

DUDLEY-FIELD. *Projet d'un code de droit international*, trad. Rolin. Paris et Gand, 1881.

GROTIUS. *Droit de guerre et de paix*. Ed. P. Fodéré. Paris, 1867.

HALL (W.-E.). *International law*. Oxford, 1880.

HEFFTER. *Le droit international de l'Europe*. 3e éd., traduction Bergson. Paris-Berlin, 1873.

KLUBER. *Droit des gens moderne de l'Europe*. Ed. Ott. Paris, 1874.

Les lois de la guerre sur terre. Bruxelles et Leipzig, 1880.

DE MARTENS. *Précis du droit des gens*. Ed. Ch. Vergé. Paris, 1864.

MORIN (Achille). *Lois relatives à la guerre selon le droit des gens moderne*. Paris, 1872.

NEUMANN. *Grundriss des heutigen Europäische volkerrechts*.

Recueil des traités, conventions et autres actes relatifs à la paix avec l'Allemagne. 1872. Imprimerie nationale, 5 volumes.

Revue de Gand, années 1870-1871-1873-1875.

THIERS. *Histoire du Consulat et de l'Empire*.

DE VAULABELLE. *Histoire des deux Restaurations*.

PASQUALE-FIORE. *Nouveau droit international public*, traduct. Pradié-Fodéré. Paris, 1869.

(1) Ce document ne figure pas sur le catalogue de la Bibliothèque de la Faculté de droit de Bordeaux; nous devons sa communication à l'obligeance de M. le professeur De Loynes; qu'il veuille bien recevoir ici l'expression de notre sincère gratitude.

De Vattel. *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle*, 1830.
Guelle (J.). *La guerre continentale et les personnes*. 1881. Pedone Lauriel, 1 vol.
— *Précis des lois de la guerre sur terre*, 1884. 2 vol. Pedone Lauriel.

INTRODUCTION

« La guerre aussi a ses lois, ses conditions légales d'action, comme l'Etat de paix a les siennes ».
(A. Morin. *Lois relatives à la guerre*, t. I, p.37).

Au premier abord, et dans les circonstances actuelles, le choix d'un tel sujet pourrait sembler indiquer le désir de légitimer ces moyens violents auxquels recourent les États, souvent dans le but unique de satisfaire des passions mesquines et peu avouables. Loin de nous l'intention de vouloir nous faire l'apologiste d'une pareille cause; si nous nous occupons d'une question de ce genre, c'est que, puisant des renseignements dans le passé, nous sommes forcé de reconnaître que les sociétés actuelles doivent encore compter avec cet hôte incommode, la guerre, qui vient trop souvent les visiter, traînant après lui tout son cortège de maux et de désolation; c'est que nous sommes encore bien loin du jour où les nations, comprenant mieux leurs devoirs et leurs intérêts réciproques, renonceront enfin à user dans des luttes stériles les parties les plus précieuses de leur force, et consentiront à réduire ces armements formidables, employant ainsi à d'autres besoins et affectant à une destination plus profitable pour le corps social tout entier, les sommes énormes destinées à faire face aux éventualités possibles d'une lutte à soutenir.

Mais peut-on espérer atteindre jamais cet idéal de paix et de tranquillité? Nous n'oserions l'affirmer; dans tous les cas, si ce jour arrive, ce ne sera que dans un avenir fort éloigné. Sans doute, de généreux esprits ont fait des tentatives hardies pour faire prédominer les principes d'une paix durable dans des théories qui, malgré leurs difficultés d'application, s'imposent d'elles-mêmes à la réflexion de l'historien, mais leurs efforts devaient rester vains. C'est que, dans le domaine du droit international, aussi bien que dans toutes les branches de la science sociale susceptibles de progrès, le temps est un puissant facteur; c'est qu'il faut laisser à une idée le temps de se développer et de mûrir, et ne pas vouloir, dès son apparition, l'ériger en un principe absolu. Les grands projets de Sully et d'Henri IV qui devaient créer la *République universelle* par eux rêvée, et ceux de l'abbé de Saint-Pierre et de Rousseau qui devaient inaugurer la *Paix universelle,* réalisaient assurément de grands progrès sur les idées jusqu'alors admises, mais le défaut capital qu'on pouvait leur reprocher, c'était précisément de devancer leur époque et de heurter trop ouvertement les pratiques alors en vigueur (1).

Mais d'où vient que le recours aux armes est d'un usage si fréquent entre les États; d'où vient cette habitude si invétérée et si persistante de remettre aux hasards des champs de bataille les destinées de tout un peuple? A cela, il y a une raison et qui domine toutes les autres : elle tient au principe même de l'indé-

(1) L'ironie ne fut pas épargnée à ces hommes de bien. Le cardinal de Fleury dit à l'abbé de Saint-Pierre en critiquant son projet : « Vous avez oublié un point essentiel, c'est d'envoyer des missionnaires pour toucher les cœurs des princes et les persuader d'entrer dans vos vues ».

Et le grand Frédéric de Prusse écrivait à Voltaire : « Saint-Pierre m'a envoyé un de ses livres pour assurer la paix perpétuelle en Europe. Son projet est beau et d'exécution facile; il n'y manque qu'une chose pour l'exécuter, c'est le consentement de toute l'Europe et quelque bagatelle semblable ». V. Pasquale-Fiore, t. II, p. 162 et s.

pendance et de la souveraineté des États. Il est universellement admis que chaque État est souverain et indépendant à l'égard des autres États qui l'entourent; c'est cette souveraineté extérieure qui lui permet d'agir, comme bon lui semble, et de ne reconnaître aucune autorité supérieure à la sienne. Dès lors, qu'une difficulté vienne à surgir entre deux de ces puissances : si, par des concessions réciproques, elles ne peuvent arriver à se concilier sur le différend qui les divise, étant également souveraines et indépendantes l'une de l'autre, elles n'auront pas au-dessus d'elles un tribunal qui puisse juger leur litige et faire exécuter la décision contre la nation condamnée. Les choses étant en cet état, il ne reste plus qu'à demander aux armes la solution du différend.

Si donc, nous sommes amené à parler de la guerre, c'est que, malgré le développement actuel de la civilisation, nous sommes obligé de reconnaître que le règne de la force n'est pas fini, et qu'il faut encore admettre la guerre comme un mal nécessaire, comme la procédure extrême à laquelle recourent les nations à défaut d'un mode plus humain, plus civilisé (1). Mais si on ne peut espérer voir disparaître de longtemps des mœurs des peuples civilisés, cette barbare institution mettant aux prises des êtres humains, intelligents et libres, qui semblent avoir été plutôt créés pour vivre dans l'union et dans la paix la plus parfaite, et travailler en commun à leur développement, du moins ne faudrait-il pas se désintéresser de la question par cela seul qu'elle semble ne pas admettre de réponse absolue. S'il est impossible d'empêcher les guerres, au moins doit-on travailler à les rendre moins fréquentes, et on peut affirmer que de ce côté de véritables progrès ont été réalisés.

Les moyens employés sont la médiation, l'arbitrage et les con-

(1) M. Rolin Jacquemyns. *Revue de Gand,* année 1870, p. 696.

férences. Le protocole n° 23 du traité de Paris de 1856 contenait même le principe de l'arbitrage; ce fut le plénipotentiaire anglais qui fit la proposition de l'étendre à toutes les guerres, et on émit le vœu que « les Etats entre lesquels s'élèverait un dissentiment sérieux, avant d'en appeler aux armes eussent recours tant que les circonstances l'admettraient, aux bons offices d'une nation amie ».

Malheureusement la guerre de 1870 est venue donner un démenti formel à l'efficacité du remède formulé dans une si louable intention. Les offres d'arbitrage faites par les puissances neutres furent tour à tour déclinées par l'un ou l'autre des belligérants; et, c'est là une preuve convaincante que malgré les progrès de la civilisation, les Etats n'ont pas encore acquis une idée assez nette de leurs droits, de leurs devoirs et de leurs intérêts respectifs. Mais, si nous étions portés vers le découragement, une chose est faite pour nous réconforter : les grandes règles qui président aux rapports internationaux tirent leur origine et leur force de l'opinion publique qui, grâce aux merveilles de la science, est constamment mise au courant des grands évènements politiques, et est toujours prête à flétrir de sa réprobation les actes que dicteraient à un souverain sa cupidité ou la conscience qu'il a de la supériorité de ses forces. Cette opinion publique n'est pas stationnaire; elle se développe avec l'humanité : c'est ce qui a fait dire à M. Michel Chevalier dans son analyse d'un ouvrage récent de M. Ch. Sumner, « Le duel entre la France et l'Allemagne », qu'il est vraisemblable que, conformément aux prophéties de M. Sumner, il se formera avant longtemps une opinion européenne ou plutôt universelle, qui s'imposera aux gouvernements, et qui après avoir introduit de nouvelles règles dans le droit international, en déterminera l'observation (1).

(1) Michel Chevalier. *Jal des Débats*. 11 oct. 1871, cité par Calvo, t. II, p. 9.

En attendant ce moment, qu'appellent de tous leurs vœux les hommes vraiment dignes de ce nom, la guerre nous apparait donc comme un mal inévitable qui, s'il ne peut pas être complètement supprimé, peut du moins être conjuré dans une certaine mesure. La guerre est devenue plus rare, c'est là un progrès qui a bien sa valeur; mais un autre progrès qu'on n'est pas moins heureux de constater, c'est qu'elle est devenue en même temps plus humaine, moins barbare, tant en ce qui concerne la personne des belligérants, qu'en ce qui concerne les biens des particuliers avec lesquels les hasards de la guerre mettent les combattants en rapport. « Les Etats qui se font la guerre, disent « MM. Funck-Brentano et Sorel (1), rompent entre eux les liens « formés par le droit des gens en temps de paix; mais il ne « dépend pas d'eux d'anéantir les faits sur lesquels repose ce « droit des gens. Ils ne peuvent pas supprimer la civilisation « accomplie, les mœurs acquises, les notions intellectuelles dé« veloppées par les nations. Comme ils ne peuvent anéantir ces « faits, il faut qu'ils en tiennent compte et, comme ces faits se « sont imposés à la fois à tous les Etats qui ont été en guerre, « tous se sont trouvés dans la nécessité d'en tenir compte en « même temps. Il en est résulté une sorte d'*entente tacite* dans « la manière d'employer la force, et certaines pratiques qui « se sont établies parce qu'elles résultaient des rapports nou« veaux créés par l'état de guerre, qui sont passées à l'état « de coutume et qui, ayant été acceptées et continuant à « être respectées par tout le monde sont devenues de vérita-

Cette pratique des conférences internationales a déjà amené plusieurs résultats heureux. C'est ainsi que le conflit turco-grec a été réglé par une intervention amiable des puissances neutres signataires du Traité de Paris de 1856, réunies en congrès à Paris en 1869; tout récemment encore, des difficultés entre les Serbes et les Bulgares, et de nouvelles difficultés entre la Grèce et la Turquie, doivent leur solution pacifique à l'intervention des grandes puissances.

(1) *Précis du droit des gens*, p. 233.

« bles obligations et par suite ont créé des droits. C'est ainsi « que la guerre, sans être ni un devoir, ni un droit pour les « Etats les uns envers les autres, a engendré des devoirs et des « droits dont l'ensemble forme le droit des gens en temps de « guerre. Ses progrès sont liés au progrès général de la civili- « sation; ils dépendent du développement intellectuel et moral « des nations qui se font la guerre; le droit des gens en temps « de guerre ne peut s'étendre et se perfectionner qu'à mesure « que les nations acquièrent une moralité supérieure et produi- « sent des hommes plus éclairés et plus intelligents ».

Il résulte des lignes qu'on vient de lire, que tout a cessé d'être permis à la guerre; qu'au contraire, les règles de conduite à suivre par les armées ennemies sont aujourd'hui assez nettement définies par la coutume internationale, et même relativement à certains points, par des traités auxquels ont adhéré la plupart des grandes puissances (1).

Avant d'aborder notre sujet, nous devons faire connaître les limites naturelles dans lesquelles il doit être circonscrit, ainsi que le plan que nous nous proposons de suivre.

Et d'abord, notre titre indique suffisamment que nous ne nous occupons ici que de la partie du droit international public qui se

(1) Nous ne citerons que la déclaration signée à Saint-Pétersbourg le 11 décembre 1868, à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre; la convention de Genève du 22 août 1864 prononçant la neutralité des hôpitaux et ambulances. Ces diverses conventions ne règlent que des points spéciaux de la matière, mais à côté de ces actes, et à une époque beaucoup plus rapprochée, on rencontre des documents dans lesquels toutes les questions relatives à la guerre sont envisagées dans leur ensemble; ces documents sont les fruits des longs travaux des nombreuses conférences internationales au nombre desquelles nous relèverons la conférence tenue à Bruxelles en 1874 et celle tenue à Oxford en 1884 par l'Institut de droit international. Dans le cours de notre étude, nous aurons souvent l'occasion de parler de ces divers recueils. Nous ferons observer une fois pour toutes que ces travaux qui devaient être soumis à l'approbation des gouvernements qui ont pris part à leur élaboration, n'ont été acceptés officiellement par aucun de ces gouvernements.

rapporte aux éventualités d'une guerre éclatant sur le continent, et que nous ne nous proposons de la suivre que sur ce terrain. Nous restons donc en dehors des éventualités possibles d'une guerre maritime à l'occasion de laquelle surgiraient les questions de la contrebande de guerre, des blocus, des droits de prise, de visite et de recherche. De plus, notre travail ne s'occupe que de la propriété ennemie, de la détermination des règles suivant lesquelles les biens existant sur le territoire ennemi devront être traités par l'assaillant. Donc, encore ici, nous laissons en dehors de notre sujet l'étude des règles de conduite à tenir à l'égard de la personne même de l'ennemi, ce qui est relatif au traitement des prisonniers de guerre, des otages et des blessés.

Notre sujet ainsi délimité, voici le plan que nous nous proposons de suivre.

Notre étude se divisera en deux parties comprenant chacune plusieurs chapitres : la première partie traitera des droits de l'occupant sur les biens appartenant à l'Etat ennemi; la deuxième partie, des droits de l'occupant sur les biens des particuliers.

Dans le premier chapitre de la première partie, nous essaierons d'établir ce qu'il faut entendre sous l'expression générale d'occupation, et nous indiquerons les différences qui séparent celle-ci de la conquête.

Le deuxième chapitre contiendra l'énonciation et le développement du principe applicable à la catégorie des biens qui constituent les divers domaines de l'Etat. Nous verrons, qu'en général, ces biens peuvent être saisis et que l'occupant peut se les approprier dans une certaine mesure. Nous passerons successivement en revue les immeubles, les meubles et les créances appartenant à l'Etat, et nous indiquerons les solutions qui s'appliquent à ces diverses catégories de biens.

Le troisième chapitre traitera des exceptions à apporter au principe ci-dessus.

Passant ensuite à la deuxième partie, nous étudierons dans le premier chapitre, le principe du respect et de l'inviolabilité des biens applicable à la propriété privée ; puis, suivant l'ordre déjà adopté pour les biens de l'Etat, nous examinerons successivement les décisions à donner en ce qui touche les immeubles et les meubles, en tant qu'ils appartiennent à des particuliers.

Un deuxième chapitre contiendra l'étude des exceptions qu'il convient d'apporter au principe formulé dans le chapitre précédent, exceptions qui sont déterminées, les unes par la nature même de certains de ces biens, les autres par les nécessités de la guerre ; dans cette dernière catégorie rentreront les réquisitions et les contributions.

Enfin, dans un appendice, nous dirons quelques mots des traités de paix et des annexions, et nous étudierons les questions relatives à la responsabilité de l'Etat en matière de dégâts causés aux biens des particuliers dans l'intérêt de la défense.

PREMIÈRE PARTIE

DES BIENS APPARTENANT A L'ETAT ENNEMI, ET DES DROITS DE L'OCCUPANT SUR CETTE CATÉGORIE DE BIENS

CHAPITRE I

GÉNÉRALITÉS — DE L'OCCUPATION — SA NATURE — SES EFFETS

Lorsqu'à l'occasion d'une guerre, des troupes pénètrent et se répandent sur le territoire ennemi, on a l'habitude de dire que ce territoire est occupé par les troupes envahissantes. Qu'est-ce au juste que cette occupation, quels sont les effets juridiques qu'il faut lui reconnaître? Ici les auteurs sont loin d'être d'accord, soit qu'il s'agisse de donner une définition de l'occupation, soit qu'il s'agisse d'en préciser les effets.

Et tout d'abord, demandons-nous s'il est nécessaire de s'arrêter à définir l'occupation. Nous croyons que cette nécessité existe, et nous nous fondons sur les motifs allégués par M. Moynier au sein de la commission, nommée par l'Institut de droit international, pour examiner le projet de déclaration de Bruxelles dont nous avons déjà parlé. Parmi les questions adressées aux membres de la 4ᵉ commission par son secrétaire, M. Rolin Jœcquemyns, se trouvait précisément celle qui nous occupe en ce moment, et M. Moynier y répondit de la manière suivante.

« La nécessité de définir l'occupation résulte de ce que tan-
« dis que le droit international attache à ce fait des conséquen-

« ces juridiques des plus graves, on n'est pas d'accord sur le « sens exact du mot. Il peut en résulter des conséquences regret- « tables : il est extrêmement important que l'on puisse discerner « sûrement si un territoire est ou n'est pas occupé, puisque la « conduite des belligérants ne doit pas être la même dans l'un « et l'autre cas ».

Voilà donc, nous semble-t-il, suffisamment établi le besoin d'une définition. Mais maintenant, quelle devra être cette définition ? La conférence de Bruxelles, dans son article 1er, avait dit : « Un territoire est considéré comme occupé lorsqu'il se trouve « placé *de fait* sous l'autorité de l'armée ennemie ; l'occupation « ne s'étend qu'aux territoires où cette autorité est établie et en « mesure de s'exercer ». Cette définition fut acceptée sans réserve par quelques-uns des membres de la commission dont nous avons parlé et dont la nomination par l'Institut de droit international avait suivi de près la clôture de la conférence de Bruxelles. Trois autres définitions furent présentées par MM. Den Beer Portugael, Moynier et Rolin Jœcquemyns ; et de toutes ces définitions, il n'y a guère que celle de M. Den Beer Portugael qui diffère des autres, à la fois par sa rédaction et le principe qu'elle consacre.

D'après celui-ci, une commune n'est considérée comme occupée que lorsqu'elle se trouve tellement placée de fait sous l'autorité de l'armée ennemie, qu'elle en a accepté la *notification d'occupation*. Ces derniers mots sont la consécration d'une théorie particulière d'après laquelle l'envahisseur serait tenu de notifier son occupation aux habitants du territoire envahi ; et de son côté, la population envahie, qui ne prendrait pas les armes pour protester contre les prétentions de l'envahisseur, se trouverait, à partir du moment de cette notification, tenue d'obéir à son nouveau souverain par une sorte de convention tacite, résultant de ce qu'elle ne s'est pas levée après cette notification pour repousser les armes à la main les forces envahissantes de l'ennemi.

Cette théorie, si elle était admise, pourrait être la source d'abus regrettables. Il suffirait que, par surprise ou par une ruse de guerre quelconque, un détachement ou une simple patrouille de reconnaissance pût, sans rencontrer de résistance, placarder dans la première bourgade venue une proclamation émanant du commandant des troupes ennemies, pour qu'on en arrivât bientôt à voir dans cette forme de procéder, une notification suffisante d'occupation; et comme l'occupation entraine après elle des conséquences importantes et crée des obligations à la charge de l'une et de l'autre partie, si nous supposons un soulèvement, éclatant sur ces entrefaites parmi la population, contre les forces de l'adversaire, il faudrait reconnaître à ce dernier le droit de traiter cette population comme si elle s'était rendue coupable d'une trahison.

M. Moynier proposa la rédaction suivante. « Le territoire « occupé est celui où l'autorité a passé de fait aux mains de « l'ennemi, et où ce dernier n'a pas cessé de fait de se faire « obéir ».

Enfin, **M.** Rolin-Jœquemyns proposa de dire que « un territoire est considéré comme occupé, du moment, aussi complè- « tement, et aussi longtemps que l'État dont il relève est empêché « par la cessation de la résistance locale d'y exercer publique- « ment son autorité souveraine ». C'est cette définition qui a été adoptée, sauf quelques modifications de détail, et qui forme l'art. 41 du *Manuel des lois de la guerre sur terre*, publié en 1880, par l'Institut de droit International réuni à Oxford (1).

(1) Voici le texte de cet article 41 : « Un territoire est considéré comme occupé lorsque, à la suite de son invasion par les forces ennemies, l'État dont il relève a cessé de fait d'y exercer une autorité régulière, et que l'État envahisseur se trouve seul à même d'y maintenir l'ordre : les limites dans lesquelles ce droit se produit déterminent l'étendue et la durée de l'occupation ». Cf. Dudley-Field. *Projet d'un Code de Droit International,* art. 728.

Cette définition nous semble devoir être acceptée, car elle est tirée du but même de la guerre qui ne doit être autre que la conclusion d'une paix juste et durable, et cela, dans le plus bref délai possible. L'occupation est un moyen d'y arriver, et on doit l'utiliser non point à faire à l'ennemi le plus de mal possible, mais à le mettre hors d'état d'en faire lui-même. « Entendue dans ce « sens, dit M. Rolin-Jœquemyns (1), l'idée dominante de l'occu- « pation est celle-ci : priver l'ennemi de la possession temporaire « d'une partie plus ou moins grande de son territoire, afin de « l'empêcher d'en tirer parti pour la continuation des hostilités, « et de hâter ainsi la conclusion d'une juste paix, but de la « guerre ».

Une remarque qui peut s'appliquer indistinctement aux diverses définitions de l'occupation que nous avons cru devoir rapporter ici, c'est que toutes nous présentent l'occupation comme un *fait* (le mot y est même employé à diverses reprises), et non point comme une fiction juridique d'après laquelle on admettrait, par exemple, que la souveraineté de l'envahisseur est substituée à la souveraineté du pays envahi, ce qui impliquerait des conséquences de droit résultant *à priori* du fait même de l'occupation, et étendrait beaucoup les conséquences de ce fait. La souveraineté de l'envahisseur ne se substitue même pas partiellement à celle de l'adversaire, car l'idée de souveraineté exclut toute idée de partage dans l'exercice d'un droit semblable, ce qui serait d'ailleurs incompatible avec le principe de l'indépendance des États entre eux. Donc, l'occupation est un simple fait matériel, résultant des hasards de la guerre et se traduisant par certains signes, tels que l'impossibilité où se trouve l'État indigène d'exercer sur son propre territoire toute autorité régulière. Admettre la substitution de la souveraineté de l'envahisseur à

(1) *Revue de Gand*. Année 1875, p. 99.

celle de l'envahi, ce serait reconnaître à la simple occupation, les mêmes effets qu'à la conquête définitive; or, si cette confusion a pu exister autrefois, il faut reconnaître que cette assimilation est aujourd'hui universellement rejetée. Par l'occupation, la souveraineté nationale du pays envahi est en fait mise hors d'état de s'exercer; on peut dire assez exactement qu'elle est temporairement paralysée dans la partie du territoire occupé, mais on ne peut dire qu'elle soit remplacée d'une manière absolue par la souveraineté de l'occupant.

Telle n'était pas la manière de voir qui avait prévalu dans l'enfance du droit des gens; l'occupation momentanée de la propriété était confondue avec la conquête qui est son appropriation définitive (1). Le territoire, ayant cela de commun avec toute autre espèce de propriété, était considéré, conformément à la loi romaine, comme devenant une *Res nullius*, en passant des mains de son propriétaire aux hasards de la guerre; il appartenait à quiconque voulait bien s'en saisir et aussi longtemps qu'il pouvait le garder. La possession temporaire d'un territoire était donc regardée comme une conquête que les hasards subséquents de la guerre pouvaient bien certainement rendre transitoire, mais qui, tant qu'elle durait, était regardée comme définitive; d'où il suivait que le souverain occupant avait le droit d'user de ce territoire comme de chose lui appartenant, et que, pendant son occupation, il était régulièrement le seul pouvoir ayant le droit de commander aux habitants de ce territoire.

Jusque vers le milieu du XVIIIe siècle, la pratique obéit à cette théorie, et généralement on faisait prêter aux habitants du territoire occupé, serment d'allégeance à leur nouveau maître, et on les forçait à lui rendre les services actifs dus au souverain légitime d'un État, à fournir des recrues, par exemple. Ce n'est

(1) E. Hall. *International law*, part. III. c. IV § 154.

qu'après la guerre de Sept Ans, qu'une nouvelle théorie se fait jour, et que ces usages violents tombent en désuétude; mais on était encore loin de la véritable théorie qui ne devait apparaître que plus tard. Cependant, la lecture des jurisconsultes de l'époque nous permet de constater que l'on commençait à entrevoir une différence entre les droits dérivant de l'occupation et ceux dérivant de la conquête. Ainsi, lorsque Vattel nous dit (1) « qu'un souverain ne perd ses droits sur son territoire qui est « tombé entre les mains de l'ennemi qu'à la conclusion de la « paix par laquelle on cède ce territoire », il est indiscutable qu'il a abandonné la doctrine d'après laquelle ce territoire passait comme *res nullius* dans la possession de l'occupant, mais on ne faisait pas produire à ce principe tous les effets naturels qu'on aurait dû en tirer. En effet, tandis que pour certains motifs, on considérait comme se continuant la souveraineté du propriétaire originaire, pour d'autres raisons, l'occupant était supposé se mettre lui-même temporairement à sa place. Le caractère original et national du sol et de ses habitants ne subissait aucune altération, mais l'envahisseur était investi d'une quasi-souveraineté qui lui donnait droit d'exiger régulièrement obéissance de la part de la population conquise (2). L'exercice de ce droit n'était limité que par les modifications qui s'introduisirent peu à peu, à savoir, qu'en règle générale, l'envahisseur ne peut modifier les institutions permanentes du pays et qu'il ne peut y lever de recrues pour ses armées.

Voici, d'après M. Hall (3), les arguments sur lesquels se baserait cette doctrine d'une soi-disant substitution de souveraineté : le pouvoir de protéger est le fondement du devoir d'allégeance. Lors donc, qu'un Etat cesse de pouvoir protéger une partie de

(1) Liv. III, ch. XIII § 197.
(2) Klüber §§ 255-256.
(3) Hall. *loc. cit.*

ses sujets, il perd par là même le droit à leur allégeance ; et ceci, soit que directement ces populations passent au conquérant et sous sa domination, soit que étant en fait regardées comme des êtres libres, on les suppose capables d'entrer en composition avec l'envahisseur, dont elles accepteraient tacitement la souveraineté, en reconnaissance de la renonciation qu'il a faite aux droits extrêmes que lui confère la guerre sur leurs vies et leurs propriétés. Mais, ajoute cet auteur, il est à peine besoin de faire remarquer que ni l'une ni l'autre de ces conclusions n'est justifiée par les premisses : de ce qu'un Etat a perdu le droit à l'allégeance de ses sujets, il ne saurait en résulter que le simple fait de cette perte puisse transférer ce droit à un autre maître ; attribuer directement cette nouvelle souveraineté à l'Etat occupant, c'est faire revivre la doctrine de la *Res nullius*. D'un autre côté, et en admettant qu'il puisse résulter de l'impossibilité où se trouve un Etat de protéger ses sujets, le droit pour ces derniers de choisir le parti qui leur convient le mieux; en admettant qu'on aille même jusqu'à valider toute espèce de pacte qu'ils pourront conclure avec le vainqueur, il n'est pas prouvé qu'on puisse supposer entre l'envahisseur et la population envahie, l'existence tacite d'un marché du genre de ceux dont nous parlions il n'y a qu'un instant. Toutes les fois que l'on voudra supposer dans les rapports des deux belligérants l'existence d'une convention quelconque, c'est sur l'histoire qu'on devra pouvoir l'appuyer : or, s'il n'est pas douteux que les envahisseurs ont habituellement exercé le privilège de la souveraineté, nous voyons aussi dans l'histoire établi d'une façon indiscutable, que les populations envahies ont repoussé l'obligation d'obéissance, toutes les fois qu'elles ont eu la force de le faire avec quelque chance de succès.

Enfin, une nouvelle doctrine, aujourd'hui à peu près universellement admise et que nous avons indiquée tout d'abord au début de ce chapitre, est venue placer les lois de l'occupation sur

une base plus naturelle : l'occupation ne doit plus être considérée que comme une phase des opérations militaires, un état de fait créé par les chances de la guerre. Elle est impuissante à produire les effets que certains auteurs voudraient y attacher ; elle ne peut remplacer le gouvernement vaincu par celui du vainqueur, aussi longtemps que la lutte peut se continuer avec quelque chance (1) ; la situation favorable où se trouve l'ennemi est précaire, et les avantages qu'il a remportés aujourd'hui seront peut-être de courte durée ; la victoire est capricieuse, la guerre est pleine de hasards et de déceptions. Qui peut assurer que le prochain combat ne changera pas la face des choses, rendant au souverain légitime le territoire arraché la veille ? Le pouvoir absolu ne saurait appartenir à l'occupant qu'à partir du moment où tout espoir de résistance deviendrait chimérique ; il faudra tout au moins la défaite dernière (*ultima victoria* dont parlaient nos vieux auteurs), par exemple l'occupation de la capitale du pays envahi, défaite après laquelle l'issue de la guerre ne peut plus laisser aucun doute, ou mieux encore un traité de paix sanctionnant l'occupation et la transformant en conquête.

Sans doute, ce simple fait de l'occupation va donner naissance à des droits qu'on pourrait qualifier d'exhorbitants ; mais, pour la justifier, nous ne croyons pas qu'il soit besoin de recourir à quelqu'une des fictions juridiques par nous rejetées. Ces actes, que nous permettrons au belligérant sur le territoire occupé, seront simplement des incidents des hostilités, et l'autorité qu'il y exercera ne sera que la manifestation de la supériorité de sa force dont il fait sentir le poids à son ennemi subjugué (2).

(1) Heffter. *Le droit international de l'Europe* § 31. « On ne saurait prétendre que la conquête opère de plein droit une subrogation du vainqueur dans les droits du gouvernement vaincu ».

(2) « L'autorité d'un belligérant qui occupe le territoire ennemi ne s'étend pas plus longtemps que sa puissance effective. Dudley-Field, *Projet d'un code de droit international*, art. 730.

Ses droits ont pour unique fondement les nécessités de la guerre; ils découlent du droit général qu'a l'envahisseur de faire tous les actes indispensables pour arriver à une prompte solution du conflit engagé, pour parvenir, en un mot, à la fin de la guerre qui est la conclusion d'une paix juste et durable. Sans doute, il pourra exercer sur le territoire envahi un certain contrôle et une certaine autorité, mais seulement dans la mesure requise pour sa sécurité et le succès de ses opérations (1). Il devra donc user de son pouvoir dans les limites que lui trace la notion fondamentale de l'occupation, et en se conformant à son caractère purement transitoire: telles sont les considérations que nous avons cru nécessaire de présenter et qui nous serviront à résoudre les questions que nous rencontrerons dans la suite de notre étude, et à déterminer les droits que nous devrons reconnaitre à l'occupant (2).

(1) M. Bluntschli. *Droit international codifié*, reconnait le caractère purement militaire de l'autorité de l'envahisseur. §§ 539, 540, 545.
(2) Cf. Guelle. *Précis des lois de la guerre*, t. II, p. 1-7.

CHAPITRE II

DROITS DE L'OCCUPANT SUR LES BIENS APPARTENANT A L'ETAT ENNEMI — PRINCIPE DU NON RESPECT; EN GÉNÉRAL CETTE CATÉGORIE DE BIENS PEUT ÊTRE SAISIE, ET EST SUSCEPTIBLE D'APPROPRIATION DANS UNE CERTAINE MESURE

Il est universellement admis aujourd'hui que la guerre est une relation d'Etat à Etat, et non d'Etat à particulier ; la conséquence la plus rigoureuse qu'on fût en droit de tirer de ce principe, serait celle-ci : que les droits de l'ennemi ne sauraient recevoir aucune restriction tant qu'ils s'appliquent aux biens appartenant à l'Etat avec lequel il se trouve en lutte ; en un mot, tout serait permis à l'occupant sur les biens de son adversaire, et tous ces biens pourraient être soit confisqués, soit détruits. Mais la conclusion ne serait pas exacte : le principe plus haut posé doit se concilier avec cet autre principe, à savoir que le but de la guerre n'est plus de punir l'ennemi et de lui faire le plus de mal possible, mais bien de paralyser ses forces afin de rendre la lutte moins longue et de la terminer par une paix durable. Les droits de l'ennemi devront donc se borner à ceux de ces biens qui servent soit directement, soit indirectement à la défense de l'adversaire. « La mesure dans laquelle ces objets sont utiles à l'envahi, disent MM. Funck-Brentano et Sorel (1), détermine les limites dans lesquelles l'envahisseur peut être contraint à s'en emparer ».

Le domaine de l'Etat peut comprendre des immeubles, des

(1) Op. cit. p. 275.

meubles corporels, et des meubles incorporels. Nous allons successivement étudier ces divers points, et voir quelles sont les solutions à donner dans ces différentes hypothèses; et d'abord, quels sont les droits de l'ennemi sur les immeubles appartenant à l'Etat adverse.

A. — Droits sur les Immeubles.

Parmi ceux-ci, les uns constituent par leur nature même des moyens de défense; les autres ne constituent réellement une ressource de guerre que par les revenus qu'ils produisent et qui sont perçus périodiquement par le souverain envahi.

a. — Au nombre des premiers, on peut citer les routes, les forteresses, les dépôts d'armes ou arsenaux, les casernes, les magasins. Quels sont les droits de l'ennemi sur ces différents biens? Tous ses efforts doivent tendre à s'en emparer, car ce sont précisément là des objets qui constituent la principale force de l'adversaire, et presque toujours l'issue de la lutte dépendra de leur occupation. Et là ne se bornent pas ses droits; il peut aller jusqu'à se servir contre l'Etat envahi, des ouvrages militaires que celui-ci avait élevés pour sa propre défense; on lui reconnait même le droit de les détruire pour prévenir tout retour offensif de la part de l'ennemi: la conduite qu'il a à tenir, dans ces diverses hypothèses, doit lui être dictée par les nécessités de la guerre. Ainsi on lui permet de raser les fortifications de l'ennemi, mais il faut qu'il ne dispose pas de troupes suffisantes pour les garder, sinon sa conduite serait blâmable. En ce qui concerne les routes et les ponts, on admet le droit pour l'ennemi de couper les premières et de détruire les seconds, mais à une condition: c'est que ces des-« tructions ou dégradations ne soient pas intentionnelles, mais « qu'elles soient nécessitées par les opérations militaires » (1).

Il faut de plus, que ces mesures extrêmes soient exécutées par

(1) Bluntschli, op. cit. règle 651.

des troupes régulières (1), sur un ordre écrit émanant du commandant des forces d'occupation : c'est conformément à ces principes que l'armée française, dans la campagne de 1688, rasa les fortifications de l'importante place de Worms.

b. — En ce qui concerne les biens immeubles de l'ennemi que ni leur nature, ni leur destination, n'affecte spécialement à la défense du territoire, les règles généralement adoptées sont les suivantes : l'envahisseur est autorisé à s'en emparer provisoirement, à les administrer, et à en toucher les revenus s'ils en produisent (2).

Mais ici, nous devons nous poser la question suivante : en quelle qualité l'occupant perçoit-il les revenus de ces biens ? M. Bluntschli qui pose la règle ci-dessus dans son art. 646, ajoute : « qu'il agit en première ligne comme usufruitier », et l'art. 7 du projet de déclaration de Bruxelles qui n'est que la reproduction du principe posé par le publisciste allemand, s'exprime de la manière suivante : « L'Etat occupant ne se considérera *que comme administrateur et usufruitier* des édifices publics, immeubles, forêts, exploitations agricoles appartenant à l'Etat ennemi et se trouvant dans le pays occupé ; il devra sauvegarder le fonds de ses propriétés et les administrer *conformément aux règles de l'usufruit* ».

Il semble résulter de là, qu'on reconnait à l'ennemi les droits de l'usufruitier, et qu'on lui impose en retour les obligations qui pèsent sur l'usufruitier ; mais, nous croyons que cette assimilation n'est qu'apparente. En effet, comment cet usufruit aurait-il été constitué ? quelle est la convention qui peut lui avoir donné naissance ? Dans tous les cas, il faut bien reconnaître que cette convention ne saurait être le résultat d'un consentement librement donné, mais bien d'une dépossession évidente. Peut-être

(1) Bluntschli, op. cit. règle 641.
(2) Cf. Dudley-Field, op. cit. art. 844 ; Guelle, op. cit. p. 80 et s.

la déclaration de Bruxelles a-t-elle employé l'expression d'usufruitier pour marquer d'une façon non équivoque que dans aucun cas, et par le fait seul de l'occupation, l'envahisseur ne saurait se conduire comme un nu-propriétaire, et par suite faire sur les biens occupés des actes de disposition : tout ce qu'il pourra prétendre, ce sera de se conduire comme aurait le droit de le faire un simple usufruitier. C'est l'interprétation qui semblerait résulter des termes mêmes employés dans le texte de cette déclaration, quand elle dit, que l'Etat occupant ne se considérera QUE comme administrateur et usufruitier : en un mot, il aura bien les droits et les obligations d'un usufruitier, mais rien ne nous autorise à en conclure que c'est à titre d'usufruitier qu'on lui reconnait le droit de toucher les revenus des biens domaniaux. Nous préférerions dire que ce sera à titre de belligérant qu'il faut le lui accorder, et en outre pour les motifs suivants : quand deux Etats entrent en campagne, ils sont censés abandonner aux hasards de la lutte, les objets qui composent pour chacun d'eux les éléments devant servir à nourrir la guerre. Tous leurs efforts doivent donc converger vers ce point unique : priver l'adversaire de ses moyens d'action, de ses ressources de guerre, pour l'amener plus vite à composition ; c'est ce que nous avons déjà décidé pour les ouvrages de fortification et les magasins d'armes. Or, si les revenus du domaine public ne paraissent pas au premier abord assimilables aux forteresses et autres engins de défense, il faut bien admettre qu'en définitive et comme résultat médiat, ils concourent au même but, puisque l'argent qui provient de ces revenus, peut être affecté par l'Etat envahi à se créer de nouvelles ressources de guerre : d'où entre les deux parties, une sorte de convention tacite d'après laquelle on est admis d'un côté comme de l'autre à confisquer régulièrement ces revenus. Pour expliquer ce droit aux revenus des biens domaniaux, on n'a donc pas besoin de supposer un droit d'usufruit au profit des belligérants.

L'usufruitier est tenu d'administrer et de jouir en bon père de famille, et l'art. 7 du projet de déclaration de Bruxelles plus haut transcrit, dit que l'occupant administrera conformément aux règles de l'usufruit. Il devra donc faire les réparations d'entretien qui sont en général les charges d'un usufruit ordinaire : comment l'y obligerons-nous, du moment que nous fondons son droit non pas sur une idée d'usufruit, mais sur le fait même de la guerre? Cette obligation sera illusoire. Mais n'est-ce pas précisément le propre de la guerre de violer ouvertement les règles les plus justes; et après avoir pris le plus souvent son origine dans des motifs blâmables, comment pouvoir espérer que ses effets et son application ne restent pas empreints de cette tache première ?

Donc, l'ennemi qui, par hypothèse, a déjà la supériorité sur son adversaire puisqu'il occupe son territoire, pourra impunément refuser de remplir les obligations corrélatives aux droits que lui donnent les lois internationales; mais si en droit, il ne peut être contraint à l'obligation qui lui incombe, en fait, sa conduite lui sera dictée le plus souvent par son propre intérêt et par des considérations d'un autre ordre. S'il a par exemple l'intention de s'annexer le pays envahi, son intérêt lui commande d'apporter à l'administration de ces biens les mêmes soins qu'il met à administrer ses propres biens nationaux; et dans tous les cas, il ne peut ignorer que l'opinion publique qui fonde le droi des gens, n'assistera pas insensible aux détériorations qu'il pourrait commettre, et sans protester contre sa mauvaise gestion : connaissant les terribles retours des hasards de la guerre, il craindrait de s'exposer de son côté à de justes représailles de la part du vaincu de la veille devenu à son tour le vainqueur du lendemain.

Ainsi, droit pour l'envahisseur de percevoir les fruits et revenus des biens immeubles de l'Etat ennemi. S'agit-il de fermes, il pourra toucher les fermages en maintenant les baux existants, ou les exploiter pour son propre compte en se con-

formant aux usages reçus dans le pays; s'agit-il de forêts, il aura le droit de couper les bois et taillis qui ont été mis en coupes réglées et ont ainsi le caractère de fruits ; il pourra même prélever sur les bois de haute futaie ceux nécessaires à ses opérations militaires, mais là s'arrêtent ses prérogatives; il ne saurait passer outre sans violer les règles du droit des gens.

Il nous est donné de constater en passant, que sur ce point, des progrès marquants ont été réalisés. Dans les guerres du siècle dernier, les choses ne se passaient pas ainsi : on reconnaissait à l'envahisseur le droit de s'emparer de tous les biens que les hasards de la lutte faisaient tomber entre ses mains. Il en devenait, sous certaines conditions, propriétaire absolu, et pouvait à son tour en disposer comme de chose lui appartenant : c'est qu'à cette époque, on confondait encore l'occupation et la conquête définitive, on reconnaissait à un simple fait des effets incommutables. C'est ainsi qu'en 1719, le roi de Danemark transférait au roi Georges I d'Angleterre la souveraineté des duchés de Brême, de Verden et de Stade qu'il n'occupait que militairement (1). Mais aujourd'hui, nous avons déjà essayé de l'établir, on admet que l'occupation d'un territoire ne confère plus à l'occupant qu'un pouvoir de fait, une détention précaire et intérimaire, qui lui interdit sur ces biens, tout droit d'aliénation ou de disposition. Ce pouvoir de fait se transformera en un droit véritable le jour où l'occupation sera maintenue par un traité en forme qui la revêtira ainsi de tous les caractères de la conquête (2). Alors, se trouveront incontestablement réunis dans les mains de celui qui n'était hier qu'un simple envahisseur investi à ce titre

(1) Calvo, op. cit. t. 2. § 886.

(2) « Lorsque le territoire et les biens immobiliers d'une nation ennemie sont saisis par un belligérant, la propriété de ces biens demeure vacante durant l'occupation militaire, et jusqu'à ce que la conquête devienne définitive ». Bluntschli, *op. cit.* § 732.

par les usages internationaux de certaines prérogatives, tous les éléments indispensables pour constituer un droit de propriété entier et durable. Jusque là, non-seulement les droits que l'envahisseur pourrait conférer sur ces biens seraient aussi précaires que ceux qu'il a lui-même, mais encore « l'acte ainsi consenti « serait absolument nul, et le neutre qui se serait laissé entraîner « à s'y prêter encourrait le juste reproche d'avoir manqué à tous « les devoirs de la neutralité et de la délicatesse internationale, « sans pouvoir alléguer qu'il a agi de bonne foi » (1). Si au lieu d'avoir été faite à un simple particulier, nous supposons que cette cession ait eu lieu en faveur d'un Etat neutre, cet acte aura pour effet d'effacer complètement le caractère de neutre du cessionnaire et d'en faire en même temps un allié du cédant et un ennemi de l'Etat au préjudice duquel la confiscation a été opérée : c'est ce qui arriva lorsque par la convention de Schwedt du 6 oct. 1713, les Polonais et les Russes cédèrent au roi de Prusse la place de Stettin qu'ils venaient d'enlever aux Suédois et que le roi de Prusse s'engageait à garder à titre de séquestre jusqu'à la paix ; par ce fait même, ce monarque devenait l'allié de la Russie et de la Pologne.

Donc, prohibition à l'occupant de disposer d'une façon quelconque des biens immobiliers de l'adversaire, tant qu'un traité de paix ne l'a pas investi du droit de souveraineté. En résumé, on peut dire qu'en ce qui concerne les biens immobiliers de l'Etat, tous ses droits se bornent à administrer ces biens, à en toucher les revenus, et à s'approprier avec droit d'en disposer, les produits du sol qui d'après la législation du pays occupé ont le caractère de fruits. D'où la conséquence suivante : il pourra dans les forêts domaniales, couper les bois et taillis aménagés en coupes réglées par l'administration forestière, mais il faudra lui refuser

(1) Calvo, *op. cit.* § 887.

le droit de couper et vendre les arbres de haute-futaie que l'Etat a voulu mettre en réserve pour l'avenir. Des coupes insolites de cette espèce dépassent ses pouvoirs : c'est d'ailleurs la décision rendue par notre Cour suprême sur un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Nancy qui avait été rendu dans les circonstances suivantes.

Le 24 octobre 1870, le gouvernement allemand, représenté par le comte de Villers, son commissaire civil en Lorraine, vendit aux sieurs Samelsohn et Sachür, banquiers à Berlin, à raison de trois thalers l'un, plus de 15000 chênes d'au moins 5 mètres de hauteur et 0,50 cent. de circonférence, mesurés à 1,25 au-dessus du sol, à prendre dans les forêts domaniales des départements de la Meuse et de la Meurthe. Le 8 novembre, les acquéreurs retrocédèrent purement et simplement le bénéfice de leur marché aux sieurs Mohr et Haas, négociants à Manheim, lesquels après avoir fait abattre environ 9000 arbres, transmirent à leur tour tous leurs droits au sieur Hatzfeld qui devait payer par arbre abattu ou sur pied dont il prendrait possession non plus 3 thalers, mais 40 francs, plus 150,000 francs pour frais d'exploitation et dépenses de toute sorte. Il versa 150,000 francs comptant et pour le surplus il souscrivit des traites jusqu'à concurrence de 300,000 francs. Mis en demeure d'exécuter les conventions par lui souscrites le 15 mars, et par lui confirmées le 15 avril de la même année, le sieur Hatzfeld se refusa à cette exécution.

La cour de Nancy eut à se prononcer en appel sur la question, et dans son audience du 3 août 1872 (1), se basant sur des considérants fortement motivés et qu'il serait trop long de rapporter ici, elle déclara que la convention était sans fondement et devait être annulée. La première question à résoudre et la plus délicate était celle de savoir si le gouvernement allemand

(1) V. S. 72. I. 172 et la note D. P. 72. 230.

pouvait faire ce qu'il avait fait le 24 octobre 1870. « Attendu, « dit la cour, qu'à cet égard, le droit international bien plus que « le droit civil pose des règles inspirées par la conscience publi- « que et dont il appartient à la magistrature en les appliquant « sans faiblesse d'assurer la diffusion et le succès, qu'il ne s'agit « pas de méconnaître le droit du vainqueur mais de le main- « tenir dans les limites que lui assignent les précédents, l'usage, « la raison et la justice; que ce droit en ce qui touche les « immeubles ne consiste que dans la *prise de possession tempo- « raire* des domaines de l'État ennemi et dans la *perception de « leurs fruits et de leurs revenus;* qu'en cela, tous les auteurs « sont d'accord et que deux des plus récents et des moins sus- « pects, les célèbres professeurs de l'école allemande Bluntschli « et Heffter précisent et résument une doctrine incontestable et « et incontestée (1). Attendu, que réduite en ces termes la ques- « tion ne présente pas la moindre difficulté, puisqu'il ne reste « plus qu'à rechercher si les chênes anciens vendus le 24 oct. 1870 « aux sieurs Samelsohn et Sackür, puis revendus le 15 mars 1871 « au sieur Hatzfeld, constituent des fruits ou des revenus, ce que « personne n'oserait prétendre; que ces vieux chênes marqués « en réserve lors des coupes annuelles font partie intégrante du « sol et ne sont pas moins inaliénables que lui; que leur vente « isolée après la coupe ordinaire et en dehors de ces coupes « présente tous les caractères d'un fait anormal, exceptionnel, et « ne peut s'opérer aux termes de l'art. 16 du code forestier « qu'en vertu d'un décret spécial;... que le comte de Villers, et « après lui, les sieurs Mohr et Haas ont donc vendu ce qu'ils « n'avaient pas le droit de vendre ce que le propriétaire aurait « dû retrouver après l'invasion et l'occupation, en un mot, la « chose d'autrui, et en tous cas une chose qui n'était pas dans

(1) V. Bluntschli op it. art. 646. — Heffter, op. cit. § 133.

« le commerce; que les art. 1128, 1598 et 1599 du code civil « deviennent aussi les premiers textes à opposer à la demande « des appelants pour en faire sortir une double nullité.

« Par ces motifs : »

Sur cet arrêt, pourvoi en cassation qui est rejeté le 16 avril 1873 (1).

On voit par ce dispositif, que l'on reconnait encore malgré la présence de l'étranger sur le sol du territoire occupé, une certaine vitalité à la loi nationale, puisqu'on lui fait produire tous ses effets. Un autre arrêt, rendu par cette même cour de Nancy, le 29 août 1872, dans une question à peu près semblable, et qui du reste a été tranchée dans le même sens (2), confirmera mieux ce que nous avançons. « Attendu, dit la cour, que les citoyens « français n'ont jamais été deliés, par le fait de l'invasion, de leur « devoir d'obéissance envers les lois de leur pays; que le code « forestier français, toutes ses prescriptions et ses défenses n'ont « donc pas cessé de s'imposer aux sujets français. Attendu, que « si des Français, mus par un sentiment de cupidité assez fort « pour éteindre en eux tout patriotisme, se sont rendus comme « Guérin, adjudicataires à vil prix de coupes vendues par l'auto- « rité allemande, ils ont agi à leurs risques et périls, à charge « par eux d'obtenir, s'ils le pouvaient, de l'Administration fores- « tière la permission d'exploiter ces coupes, sinon en encourant « les rigueurs de la loi pénale qui pourrait leur être appliquée, « lorsque l'autorité française, aurait recouvré par la conclusion de « la paix, toute sa liberté d'action et la plénitude de sa puissance « répressive.

« Attendu qu'il est constant, en fait, que l'Administration « forestière n'a jamais fait de délivrance ni accordé d'autori-

(1) S. 73. I. 400.
(2) S. 73. II. 5 et la note D. P. 1872. II. 185.

« sation, soit à Guérin, soit à Signol, d'exploiter les coupes dont « s'agit... attendu, etc... confirme ».

Ce dispositif n'aurait aucun sens et serait absolument inique, si on admettait que l'empire des lois françaises eût été complètement suspendu sur le territoire français. Il serait absurde d'interdire à une personne d'une certaine nationalité de se rendre adjudicataire d'une coupe de bois se trouvant sur le territoire à laquelle cette personne appartient par sa nationalité, et on ne pourrait prétendre avec quelque raison lui faire un crime de ne pas se conformer à des règles et à des exigences que ne reconnait pas sa législation. C'est donc que le sieur Guérin était coupable d'avoir, par un manque de patriotisme condamnable, prêté la main aux agissements de l'envahisseur, d'avoir, au milieu du désarroi général des affaires, saisi au passage l'occasion favorable de s'enrichir au détriment de l'intérêt général de son pays, et d'avoir, en outre, manqué de suivre les obligations que lui imposaient les lois régissant la matière, d'après sa législation nationale : celle-ci n'avait pas été abrogée, elle devait donc être obéie. Le prévenu s'y était soustrait pour arriver plus sûrement à ses fins coupables; la cour lui a fait une juste application de la peine. Cet arrêt d'ailleurs, pas plus que le précédent, n'a été l'objet d'aucune protestation de la part des autorités allemandes, lors des règlements de comptes définitifs.

a. *Ravages. — Dévastations.*

Jusqu'ici, nous n'avons considéré l'ennemi que comme exerçant sur les biens immobiliers de l'État envahi, des droits dont nous avons essayé de démontrer le caractère transitoire, mais qui, cependant, lui permettent de se créer des ressources et des moyens d'action diminuant d'autant les ressources et les forces de l'adversaire. Pour parvenir à ce résultat, l'envahisseur a dû forcément parcourir des étendues de territoire considérables; ces places fortes, qui sont aujourd'hui entre ses mains, ont présenté

une certaine résistance contre laquelle il a fallu employer les procédés que perfectionne chaque jour le génie inventif de l'art militaire. Faudra-t-il permettre à l'ennemi tous les moyens qui sont en son pouvoir pour arriver aux fins de la victoire? Sa marche en avant ne devra-t-elle pas être, au contraire, soumise à certaines règles qui lui sont imposées par les lois de l'humanité et les usages internationaux? L'ennemi peut-il, en un mot, sur le territoire envahi se livrer à toute espèce de ravages? Peut-il employer contre les villes assiégées tous les moyens d'attaque? Peut-il les bombarder? C'est ce que nous allons rechercher dans ce paragraphe et dans le suivant, en faisant observer que ce que nous allons dire des ravages et des dévastations s'applique également à la propriété immobilière de l'État et à celle des particuliers. Nous traitons donc ici à la fois de ces deux sortes de propriétés, pour ne pas nous répéter lorsque nous parlerons plus tard des biens des particuliers.

Aussi longtemps qu'on considéra la guerre comme une chose normale entre les nations, comme un moyen de vengeance inexorable; aussi longtemps que la destruction de l'ennemi fut le but des hostilités et qu'il fut admis qu'on devait lui faire le plus de mal possible et même l'exterminer, on devait être amené à reconnaître à l'envahisseur les droits les plus exhorbitants et à permettre les plus sauvages pratiques sur le territoire occupé; de là, les coutumes de ravager, de détruire, de dévaster les pays traversés par les armées, et de laisser ainsi des traces longtemps ineffaçables de leur passage.

Les Romains, même de l'époque de Domitien, si nous en jugeons par les paroles que Tacite met dans la bouche du chef breton Galgacus, ne s'étaient pas encore départis complètement de cette habitude sauvage, et soutenaient leur vieille réputation de dévastateurs et d'ambitieux (1). C'était sans doute pour rester

(1) « Raptores orbis, post quam cuncta vastantibus defuere terræ, et mare

fidèles à l'antique commandement formulé dans la Loi des XII Tables : « *adversus hostem æterna auctoritas esto* ».

Mais pourquoi chercher des exemples chez des peuples tellement éloignés de nous, qu'ils peuvent avoir pour excuse de ces pratiques barbares leur propre barbarie et le peu de développement de la société dans laquelle ils vivaient? L'histoire des temps modernes est remplie d'actes de vandalisme qui ne le cèdent en rien à ceux que nous pourrions relever dans les guerres anciennes et qui viennent démontrer une fois encore que les publicistes et les philanthropes peuvent bien formuler des règles et exprimer des vœux, mais que de là à leur application il y a loin, même pour des nations qui revendiquent l'honneur de marcher à la tête du progrès.

Parmi les exemples de dévastation demeurés classiques et rapportés par les auteurs qui s'occupent du droit des gens, il faut citer les ravages exercés dans le Palatinat par les armées françaises, une première fois en 1674, et une seconde fois en 1689. Obligé d'abandonner les conquêtes qu'il venait de faire sur les bords du Rhin, le Grand Roi voulant, qu'au moins les provinces ainsi conquises ne rentrassent dans les mains des princes allemands, leurs souverains légitimes, que ruinées et incapables de fournir à leurs armées aucune utilité matérielle, ordonna, sous l'inspiration de Louvois, « de tout brûler et rebrûler ». Ses ordres furent suivis de point en point et un grand nombre de villes devinrent la proie des flammes. Cet incendie du Palatinat est universellement réprouvé par les auteurs comme contraire au droit des gens, et nous verrons que les Allemands l'ont mis à profit pour en tirer des arguments en faveur des excès de toute sorte qu'ils se sont eux-mêmes permis dans la dernière guerre avec la France.

scrutantur. Auferre, trucidare rapere, falsis nominibus imperium; atque ubi solitudinem faciunt, pacem appellant ». Tacite. *Vita Agricolæ* § 30.

Plus récemment encore, pendant la guerre que les Anglais eurent à soutenir de 1812-1815 contre les États-Unis d'Amérique luttant pour leur indépendance, l'Angleterre se rendit coupable de certains actes en opposition complète avec les règles les plus élémentaires du droit des gens. Non contente d'avoir détruit de fond en comble les villes importantes du Hâvre-de-Grâce et de Georgestown dans la baie de Chesapeake, dans le courant de l'année 1813, l'année suivante l'armée anglaise faisait disparaître dans un incendie la ville de Washington elle-même, la capitale des États-Unis. Pour justifier cet acte odieux, le gouvernement anglais cherchait à le représenter comme une mesure de représailles contre des violences du même genre commises au Canada par les troupes de l'Union. Mais à la chambre des communes, un député, sir James Mackintosh éleva la voix pour flétrir comme il le méritait cet acte de son gouvernement et faire bonne justice de l'argument tiré du droit de représailles. Où étaient les preuves irrécusables d'un outrage subi? Comment voir une juste proportion entre le châtiment et l'offense? D'ailleurs, les officiers subalternes, qui avaient de leur propre initiative pris des mesures aussi extrêmes, n'avaient-ils pas été formellement désavoués et punis par le gouvernement de Washington (1)?

Enfin dans la guerre que la France à eu à soutenir contre l'Allemagne pendant l'année terrible 1870-71, on se croirait réellement en présence d'un retour vers les usages du passé, tant le vainqueur a été inexorable, tant il s'est montré raffiné dans sa barbarie. Pendant cette lutte, les Allemands se sont montrés fort libéraux d'un système qu'on pourrait appeler « d'intimidation », et pour le mettre à exécution, ils n'ont pas reculé devant l'incendie des villages même les plus inoffensifs. Le 10 décembre 1870, le général de Wenden, commandant en

(1) Cf. Calvo, *op. cit.* §§ 893-894 et les nombreuses autorités citées par cet auteur.

chef de la deuxième armée allemande, faisait afficher la proclamation suivante dans plusieurs localités des Ardennes :

« Les maires, dans les environs, doivent prévenir le comman-
« dant du détachement prussien le plus près, sitôt que les francs-
« tireurs se montrent dans les communes.

« Toutes les maisons et villages qui donneront abri aux
« francs-tireurs sans que le maire donne la notice susdite, et d'où
« les troupes allemandes seront attaquées, seront brûlés ou
« bombardés.

« Les communes sont, en outre, responsables des dégâts causés
« sur leur territoire, aux télégraphe, chemins de fer, ponts et
« canaux; une contribution leur sera imposée et au cas de non-
« paiement, on les menace d'incendie ».

Ajoutons que ces décisions ne furent pas simplement comminatoires, mais qu'elles furent mises à exécution avec une sauvage fureur. Les villages de Bazeilles et de Châteaudun et le gros bourg d'Ablis furent complètement mis en ruine. Un détail curieux, c'est que leur destruction fut l'œuvre, non point des bombes ni des obus dont on excuserait à la rigueur l'usage dans les mains de personnes qui, en se servant de ces moyens, ne font que profiter des progrès de l'art militaires, mais bien en grande partie l'œuvre d'incendies mis à la main et activés par des matières inflammables, telles que le pétrole, qui semblerait devoir être réservé aux incendiaires de profession. Forcer les habitants du territoire envahi à révéler la présence des soldats chargés de sa défense, sous peine de voir les villages incendiés et détruits; faire en un mot des municipalités, des agents de protection jusqu'à les obliger à trahir la cause sainte de la patrie, tel a été le procédé mis en vigueur par l'armée allemande : l'histoire impartiale l'a déjà jugé.

Mais il est des cas où par exception, on admet encore aujourd'hui le droit pour l'ennemi de ravager le territoire occupé, c'est

lorsque sa situation stratégique étant gravement compromise, la dévastation de l'espace de terrain qui le sépare de son adversaire est le seul moyen qui s'offre à lui d'assurer sa retraite. Vattel permet de recourir à ce mode extrême et de rendre le pays inhabitable, « pour s'en faire une barrière contre un ennemi qu'on ne se sent pas capable d'arrêter autrement (1) ». Non seulement l'ennemi avancera péniblement dans un pays dépourvu de toute ressource, mais ce qui n'est pas moins important, il sera obligé de se présenter à découvert aux coups de son adversaire.

Le même auteur permet la dévastation quand il s'agit d'exiger des réparations, de peuplades encore étrangères aux progrès de la civilisation moderne, et qui se sont rendues coupables de voies de fait envers des nationaux, ou ont fait des incursions sur les parties de territoire exploitées par ces mêmes nationaux. Comme exemples de guerres dans lesquelles ces dévastations auraient pu être permises, nous citerons celles que la France a soutenues pour la conquête et la pacification de ses provinces de l'Afrique, et tout récemment de ses colonies de l'Extrême-Orient (2).

Enfin, il est généralement admis que l'on peut, sans blesser les principes du droit des gens, dévaster et saccager un territoire, quand de son côté l'ennemi de qui relève le territoire s'est écarté des règles de conduite que lui dictait la loi internationale; en un mot, les ravages sont considérés comme une forme licite de représailles.

On entend par *représailles* l'emploi par un souverain contre un autre souverain ou contre quelqu'un de ses sujets, des mauvais moyens dont celui-ci a usé contre lui ou contre quelqu'un des siens; elles ont donc pour objet le châtiment d'un fait qui a son origine dans une violation du droit des gens, et elles se traduisent forcément elles-mêmes par des violences que

(1) *Droit des gens*, t. III § 167. Cf. Klüber, § 262.
(2) Guelle, *op. cit.* p. 133, note 2.

réprouvent en principe les lois de la guerre. Si donc on se voit forcé de les admettre, c'est plutôt comme un fait inévitable, comme une nécessité pour sortir d'une situation qui a été créée par la faute de celui des belligérants qui, le premier, a montré la mauvaise voie en se mettant en révolte avec les usages internationaux. Il faut que les armes soient égales de part et d'autre. « Les règles que prescrit le droit international, dit M. Whea- « ton (1), sont observées par une nation dans la confiance qu'elles « le seront aussi par les autres : lors donc que les usages éta- « blis de la guerre sont violés par un ennemi et qu'il n'y a pas « d'autres moyens d'arrêter ses excès, la nation qui les souffre « peut justement recourir aux représailles afin de forcer l'ennemi « à revenir à l'observation des règles qu'il a violées (2) ». Mais leur caractère exceptionnel doit précisément les soumettre à des règles parfaitement déterminées, pour que sous les dehors d'une mesure de simples représailles, on ne puisse pas couvrir des actes qui n'ont d'autre fondement qu'un désir de sauvage vengeance.

Les conditions généralement exigées par les auteurs pour la justification des représailles sont les suivantes :

1° Il faut qu'il y eût nécessité d'aller jusqu'à l'excès qui a eu lieu par retorsion contre celui qui le premier a manqué aux lois de la guerre; en d'autres termes, il faut pour que les représailles puissent être justifiées que l'offensé n'eût pas en son pouvoir « d'autres moyens d'empêcher la répétition de barbares outrages (3) ».

2° Il faut que l'infraction reprochée soit bien réelle et certaine. Il ne suffirait pas que d'après l'opinion personnelle du

(1) *Elem. du droit international*, t. III, 4e P. C. XI § 6.

(2) Cf. Bluntschli, art. 567 et la note.

(3) *Instruction pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique*, art. 37, cité par M. Morin, *op. cit.* t. II, p. 75.

belligérant offensé, l'acte dont il a eu à souffrir renfermât une violation flagrante du droit des gens, il faut que cet acte renferme une infraction, au moins d'après l'opinion générale.

3° Les représailles doivent être immédiates et se rattacher par un lien intime au fait coupable qui les a provoquées, c'est-à-dire que le châtiment doit suivre la faute d'aussi près que possible pour être exemplaire, et ensuite que ce châtiment doit trouver sa justification dans l'acte même qu'il a pour but de redresser. C'est là ce qui doit servir de cause aux représailles. « Une telle « cause, dit M. Morin (1), ne saurait être recherchée dans les « anciennes guerres entre les deux nations luttant encore ensem- « ble, car tout a été terminé, amnistié même par les traités de « paix ». C'est dans la guerre actuelle qu'il faut trouver cette cause justificative.

4° Sous le rapport de leur étendue, les représailles doivent être mesurées sur la gravité de l'infraction commise, en un mot, la peine doit être proportionnée à l'offense qui nécessite son application. C'est précisément l'objection présentée par sir Mackintosh dans la chambre des communes au ministère anglais. « Mettre « une capitale qui rappelle le nom illustre de Washington au « niveau d'une demi-douzaine de baraques qui servaient d'asile « temporaire aux autorités d'une province, c'est là, disait-il, « une insolence intolérable qui révèle autant de mépris pour les « sentiments de la République nord-américaine, que pour le sens « commun du genre humain ».

5° Les représailles doivent cesser dès qu'on a obtenu réparation de l'offense dont on se plaint, sinon elles dépasseraient le but que l'on se propose, et tout ce qui serait fait depuis ce moment devrait être regardé comme le résultat de la haine et de la fureur, et non comme un désir d'arriver à une satisfaction légitime.

(1) *Op. cit.* p. 75.

6° Enfin, c'est au commandant en chef qui a reçu pleins pouvoirs pour tout ce qui tient à la guerre, qu'il appartient de décider si des représailles doivent avoir lieu, comment elles seront exercées, et dans quelles mesures elles devront l'être. Tels sont les caractères que doivent présenter les représailles; telles sont les conditions auxquelles en est soumis l'exercice d'après le droit des gens moderne. Mais, s'il est permis de formuler un vœu, c'est que l'usage en disparaisse le plus tôt possible de la pratique, car il est malheureusement fort rare qu'elles ne dépassent pas les justes limites et qu'elles ne soient pas la source d'abus de toute sorte; mais il serait téméraire d'espérer voir abolir de sitôt cet usage invétéré, et, en attendant, nous ne croyons pouvoir mieux faire que de conclure avec M. Bluntchli et de dire qu'il est plus digne d'en faire usage le plus rarement possible (art. 567 note).

b. *Bombardements. — Villes ouvertes.*

L'état de guerre est un état de souffrance pour tout le corps social et dont les effets désastreux ne retombent pas exclusivement sur les belligérants; il en résulte un malaise général dans les affaires qui, s'il se prolongeait, pourrait avoir les conséquences les plus graves. Plus les opérations seront menées avec vigueur, et plus les choses se précipiteront rapidement vers le dénoûment. Les efforts des belligérants doivent donc tendre à affaiblir mutuellement les ressources de guerre, les moyens de résistance propres à chacun d'eux, et parmi ces derniers se placent en première ligne les forteresses de l'ennemi, les grands centres habités où sont groupées les troupes. L'envahisseur n'ignore pas que si telle place forte tombe entre ses mains, indépendamment de l'effet démoralisateur produit chez l'adversaire qui voit disparaître un à un ses moyens de défense, le succès qu'il remportera doit lui ouvrir peut-être le reste du pays, incapable désormais d'aucune résistance. Sa préoccupation constante doit donc être

de s'emparer principalement des villes qui, par leur position stratégique, commandent des voies importantes. Mais ici, se pose la question de savoir si l'assiégeant pourra user contre la ville assiégée de tous les moyens que mettent à sa disposition les progrès effrayants réalisés de nos jours par la science militaire. Non, assurément, ici encore sa liberté d'action est limitée par les usages internationaux; ces restrictions sont relatives au droit de bombarder les places de guerre, et en particulier *les villes ouvertes*, qui, par suite, ne sont pas des places fortes.

Dans l'enfance de l'art, l'assiégeant au moyen des engins imparfaits dont il disposait, cherchait à faire aux murailles de la ville assiégée une brèche par laquelle il entrait dans la place, et c'était alors que commençait une lutte vraiment loyale, une lutte corps à corps où chacun pourrait faire valoir sa force et son courage. A mesure que des progrès se réalisaient dans les moyens de faire la guerre, il semble qu'un retour en arrière se soit opéré dans la manière de diriger le siège, et que cette opération ait totalement changé de caractère. Il semble que de nos jours on investit une place simplement pour l'empêcher d'être en communication avec ce qui l'entoure, pour la priver de tous moyens de subsistance; il semble, en un mot, que le rôle de l'assiégeant consiste aujourd'hui à attendre patiemment que l'assiégé réduit par la famine à la dernière extrémité, vienne implorer sa grâce et se rendre entre ses mains. C'est qu'un changement complet s'est opéré dans la manière de faire la guerre; ce n'est plus face à face que se mesurent les combattants; aujourd'hui, on tombe sous les coups de l'ennemi sans qu'on puisse apercevoir la main qui les a frappés. Le succès du champ de bataille appartient au général qui dispose à un moment donné des engins les plus perfectionnés; c'est à peine s'il est besoin de tenir compte du sang-froid du soldat dans la mêlée. Il n'a plus l'occasion de se signaler par quelque exploit glorieux, les canons font toute la

besogne, et, quand il faut entrer dans la ville, ce n'est plus par la brèche que l'on pénètre, mais par la porte que l'assiégé a dû enfin ouvrir pour ne pas succomber sans profit pour la défense générale, à une mort fatale, provoquée par le manque de vivres et de secours.

Nous allons examiner avec les auteurs, les moyens licites d'attaque, et, en passant, nous verrons de quelle manière ces règles ont été respectées, aux diverses époques de l'histoire.

On s'accorde généralement à reconnaître que les moyens d'attaque doivent différer, selon que les efforts de l'ennemi sont dirigés contre une place forte ou contre une ville ouverte. Tandis que les lois de la guerre lui reconnaissent à peu près tous les droits contre les premières, ses modes d'action sont fort restreints en ce qui concerne les secondes. Il convient donc d'être fixé sur ce qu'il faut entendre par place de guerre et par ville ouverte.

On entend par place de guerre ou poste militaire, une ville qui est entourée de travaux de défense, ou qui se trouve reliée avec des forts détachés par des ouvrages de fortification, et qui, en outre, a été placée au nombre des places de guerre par la législation du pays auquel elle appartient (1). Voyons quels sont les moyens d'attaque permis à l'assiégeant contre une place de ce genre.

Les lois de la guerre l'autorisent à diriger sur les fortifications le feu de son artillerie; il peut y lancer des boulets destinés à faire la brèche par laquelle pénètreront les assaillants, quand toute tentative de résistance sera devenue illusoire de la part

(1) Nous avons sur ce point un assez grand nombre de lois : L. 8 juillet 1791, décret 24 décembre 1811, LL. 10 juillet et 10 août 1853. On sait que la question se pose, de savoir si Paris est une place de guerre ou une ville ouverte : la difficulté vient de ce que la loi du 3 avril 1841, art. 7, dispose que « la ville de Paris ne pourra être classée parmi les places de guerre que par une loi; or, ce classement n'a jamais été fait par aucune loi. ».

des assiégés. Mais les progrès de la balistique devaient créer des procédés plus rapides d'extermination; les bombes et les obus allaient bientôt entrer en ligne et jouer un rôle des plus importants, à des distances inconnues jusqu'ici, des engins d'une puissance inouïe allument des incendies terribles, et multiplient le nombre des victimes. Devait-on permettre à l'assiégeant de se servir de ces moyens de destruction pour réduire au silence les feux de la place assiégée? On devait mettre à profit ces découvertes qui allaient chaque jour se perfectionnant. Mais les auteurs en réglementaient l'application. L'ennemi pourra bombarder les places fortes, mais sans perdre de vue ce principe, qu'il fait la guerre à l'État adverse et non aux particuliers, et que, par suite, il doit respecter de la façon la plus absolue, la personne et les biens de ces derniers; d'où il suit, qu'il ne peut diriger son feu que sur les remparts et les bastions de la place assiégée; en d'autres termes, sur les constructions qui servent de travaux de défense, et derrière lesquels sont abrités les soldats ses adversaires, et non sur l'intérieur des villes où ont dû s'abriter les non-combattants. D'après M. Calvo (t. II § 842), c'est une mesure extrême de rigueur, justifiable seulement dans le cas où il y a impossibilité absolue d'atteindre par d'autres moyens, le but qu'on poursuit, c'est-à-dire la reddition du point attaqué, l'expulsion ou la capture des soldats ennemis préposés à la défense de ses fortifications. M. Morin (p. 187), ne permet le bombardement des places de guerre que si le siège est régulier, et s'il y a résistance possible de la part des défenseurs de la place; il faut le rejeter lorsqu'il s'agit d'un simple blocus on investissement tendant à affamer la population pour l'obliger ainsi à se rendre. Il semble qu'il soit déloyal de la part d'un assiégeant qui sait son adversaire hors d'état de se défendre, et qui sait, par suite, qu'il n'est lui-même exposé à aucun danger, de vouloir profiter d'un triomphe facile; il semble qu'il soit

contraire aux sentiments d'humanité, de permettre à l'assiégean d'ajouter aux souffrances atroces de la faim, les souffrances morales de la terreur, que répand au milieu de cette population affolée des non-combattants, l'explosion soudaine et répétée des bombes et des obus qui font des victimes sans nombre. Pourquoi ne se contenterait-il pas de se retrancher derrière son inaction et d'attendre patiemment l'heure de la capitulation, qui sonnera inévitablement un jour pour la population assiégée, pressée par la famine ? Ce n'est plus qu'une question de temps à résoudre. Seulement l'assiégeant trouve plus expéditif et plus sûr d'agir par l'intimidation et de frapper des innocents, car il sait, qu'en dedans de l'enceinte, outre des soldats décidés à vendre chèrement leur vie et à tenir jusqu'au bout, il y a une population paisible, sans défense, inaccoutumée aux bruits et aux duretés de la guerre, au milieu de laquelle les éclats meurtriers de son artillerie vont jeter la terreur. Confiant dans les effets produits, il espère que les non-combattants irrités enfin de subir un pareil traitement, forceront la main au commandant de la place et hâteront ainsi l'heure de la délivrance.

Ainsi, les usages internationaux admettent encore de nos jours le bombardement des places fortes, lorsque ce moyen est le seul efficace, et lorsque la résistance de la part de l'assiégé est réellement sérieuse et peut continuer avec quelque succès ; en outre, on exige préalablement à l'ouverture des feux, un avertissement fait au commandant de la place, que les mesures de rigueur commenceront contre les murs de l'enceinte si, dans un certain délai, qui est fixé dans la sommation, la garnison ne s'est pas rendue. Cet avertissement préalable, et le délai qui l'accompagne ont pour but de permettre aux non-combattants, de pourvoir à leur sûreté en se transportant dans l'intérieur de la ville sur les points où, d'après les lois de la guerre, le tir de l'assiégeant ne doit pas être dirigé, et où, par suite, les citoyens

inoffensifs peuvent espérer trouver un refuge. Un autre moyen existe pour protéger la population : c'est de lui permettre de sortir de la ville et de se retirer dans l'intérieur du pays; l'officier chargé de défendre la place a même le droit d'expulser les bouches inutiles, si les circonstances l'exigent, afin de pouvoir tenir plus longtemps. Mais toutes ces mesures de protection sont peu efficaces dans la pratique. En effet, lorsque le commandant de la place, usant du droit qui lui appartient, fait sortir les personnes qui, loin de lui être de quelque secours, aident, au contraire, à épuiser plus vite les provisions, l'assiégeant qui a des intérêts tout opposés, et auquel il importe précisément de tenir bloquées dans la place, toutes ces bouches inutiles dont l'impatience lui sera peut-être d'un grand secours pour hâter son triomphe, est autorisé par les lois de la guerre à refuser de laisser sortir ces habitants expulsés. Dans cette situation, il ne reste plus au commandant de la forteresse qu'à leur rouvrir ses portes, « car, dit M. Bluntschli, les opérations militaires ne peu-
« vent jamais autoriser un chef à abandonner des gens sans
« défense, entre deux armées, et à les y écraser comme entre
« deux meules de moulin (1) ».

Cette manière d'agir nous semble exhorbitante et contraire à toutes les lois de l'humanité. Nous ne comprenons pas que l'on puisse ainsi exposer des personnes inoffensives aux plus grands dangers, et se faire d'une partie de la population ennemie une arme qui doit servir à soumettre infailliblement l'autre partie de la population. Aussi, serions-nous d'avis de dire, qu'il n'y aurait qu'une nécessité militaire des plus impérieuses, qui pût justifier une pareille dureté, et nous demanderions qu'on permît aux citoyens paisibles de sortir de la place au moment du bombardement (2).

(1) Bluntschli, *op. cit.* art. 553 et la note. Cf. Neumann, p. 120.

(2) La question ne se pose pas seulement pour les nationaux, mais encore

Etant admis le principe qui permet sous certaines conditions le bombardement des places de guerre, nous avons dû ajouter une restriction : à savoir, que le tir de l'assiégeant devait être exclusivement dirigé contre les fortifications et non contre l'intérieur des villes (1). C'est, qu'en effet, les premières seules sont des choses destinées à la guerre et soumises à ses éventualités; par assimilation, il faut permettre de tirer sur les bâtiments qui servent habituellement de logement pour les troupes ou de magasins pour les subsistances ou les munitions, car on peut dire de ces objets qu'ils concourent réellement à la défense de la place.

Mais il est toute une catégorie d'édifices sur lesquels il est interdit à l'assiégeant de diriger le feu de son artillerie, car ces édifices ne servent point à la défense de l'ennemi, mais ont été plutôt institués dans un but tout pacifique et dans une idée d'humanité : nous voulons parler des monuments publics créés par la législation du pays pour recevoir les membres du gouvernement, les assemblées délibérantes, les lieux destinés au culte, les hôpitaux ou ambulances, et enfin les édifices qui servent de dépôt pour les sciences et les arts (bibliothèques, musées). En ce qui concerne les hôpitaux et ambulances, la prohibition découle de la convention de Genève du 22 août 1864 qui a neutralisé les établissements où sont recueillis les militaires blessés sur le champ de bataille : un pavillon distinctif et uniforme (croix rouge sur champ blanc) en assure le respect de la part des belligérants. Quant aux autres édifices que l'on fait aussi bénéficier de la prohibition, leur but éminemment pacifique devrait les

pour les agents diplomatiques et autres résidents neutres : pour ces diverses catégories de personnes, surtout pour les premières, on doit, croyons-nous, leur permettre de quitter l'intérieur de la ville. Décider autrement serait contraire à l'indépendance du souverain neutre, et conséquemment à celle dont a besoin son représentant.

(1) Demartens § 126.

désigner au respect de l'assiégeant; on aurait peine à concevoir qu'il s'acharnât sur les merveilles de l'art et de la science qu'ils renferment, qu'il les détruisit pour le seul plaisir de détruire; c'était là une règle qui devait s'imposer d'elle-même à toute nation civilisée (1).

A côté des places de guerre, avons-nous dit, il y a ce qu'on est convenu d'appeler les villes ouvertes: on comprend sous cette dénomination les villes qui sont à la fois *non fortifiées* et *non défendues*. Ici les principes changent, et ils deviennent tels que nous voudrions les voir établir même en ce qui concerne les places fortes. La prohibition de bombarder est absolue ; sous aucun prétexte, l'assiégeant ne peut recourir à cette mesure extrême de rigueur. « Agir contre elles comme les nécessités de la guerre « autorisent à le faire contre les forteresses, c'est violer tous les « principes du droit des gens » (2). Les motifs sur lesquels on se base pour refuser un pareil droit ressortent suffisamment des explications que nous avons déjà données.

Connaissant ainsi les règles tracées par la théorie, voyons maintenant la manière dont elles sont suivies dans la pratique. A notre grand regret, nous devons tout d'abord dire que presque toujours elles ont été méconnues quand il s'est agi de les appliquer.

C'est ainsi qu'au commencement de ce siècle, les Anglais ont bombardé et réduit en cendres les villes de Copenhague et de Washington : dans cette dernière, le palais de la Présidence, et un grand nombre d'édifices publics n'ont pas même été épargnés. Ce n'est réellement qu'à trois époques, en 1838, 1849 et 1855, que les principes du droit des gens ont été scrupuleusement observés. En 1838, l'escadre française envoyée pour demander une satisfaction au Mexique dirigea ses coups non pas sur la ville

(1) Wheaton, t. II, p. 5.
(2) Calvo, § 842 et les nombreuses autorités que cite cet auteur.

de Vera-Cruz, mais sur le fort de St-Jean d'Ulloa qui fut forcé de capituler. En 1849, lors du siège de Rome par une armée française, on n'hésita pas à se placer dans des conditions d'attaque défavorables pour éviter que les monuments fussent atteints et endommagés par les projectiles; et en 1855, les armées alliées dirigèrent tous leurs efforts sur la tour de Malakoff, épargnant ainsi la ville de Sébastopol. Cette saine application des règles internationales apparaissant brusquement après une longue période pendant laquelle elles avaient été méconnues, on aurait pu espérer qu'une ère nouvelle allait enfin s'ouvrir où la théorie et la pratique marcheraient de pair, et où le mot d'humanité ne serait plus un vain mot : les évènements devaient bientôt renverser toutes ces espérances.

En 1864, l'amiral espagnol Mendès-Nunès muni de pleins pouvoirs par son gouvernement, « à l'effet de châtier le Chili », bombardait et incendiait la ville de Valparaiso, simple port de commerce, sans fortifications, sans défenseurs. Il se vengeait ainsi sur cette ville ouverte, alléguant pour prétexte que sur mer les vaisseaux chiliens avaient toujours refusé le combat, et que la flotte espagnole était dans l'impossibilité de les joindre. Un pareil procédé était la violation flagrante des règles les plus élémentaires du droit des gens. L'exemple ne devait pas tarder à être suivi et même dépassé pendant la guerre franco-allemande.

D'abord en ce qui concerne l'avertissement préalable de bombardement, les Allemands ont généralement contrevenu à cet usage. Ils ont ouvert le feu contre Paris sans notifier leur intention à cet égard; il en a été de même pour la petite ville de La Fère (Aisne), « qui, après un investissement de 15 jours, a été « écrasée sous une pluie de bombes et d'obus sans que l'ennemi « eût donné d'avertissement ni fait de sommation préalables (1). »

(1) Calvo, § 845. — Guelle, *op. cit.* t. I. p. 113.

C'est à peine si l'on pourrait excuser cette négligence dans le cas où la nécessité obligerait l'assiégeant à surprendre l'ennemi, afin d'enlever rapidement la position. Or, ici cette nécessité existait-elle ? il est permis d'en douter. Les forces de l'assaillant étaient de beaucoup supérieures en nombre, et d'ailleurs il ressortait suffisamment de la pratique constante suivie pendant toute la campagne, qu'en face de Paris, bien plus encore que partout ailleurs, son intention était non point d'enlever la position mais de la réduire par la faim et la terreur. Cet oubli de tous les usages internationaux provoqua des réclamations de la part des neutres résidant dans la ville assiégée, et une note fut envoyée au chancelier fédéral par les membres du corps diplomatique et du corps consulaire, demandant pour eux et leurs nationaux la faculté de sortir de Paris pour se mettre en sûreté. L'autorisation fut accordée aux seuls membres du corps diplomatique « *propter comitatem gentium* » (par courtoisie internationale) ; quant à leurs compatriotes, ils resteraient dans la place, les circonstances actuelles s'opposant à leur sortie.

En ce qui touche l'obligation de diriger exclusivement le feu des batteries sur les ouvrages de défense de la place et non sur l'intérieur des villes, les Allemands se sont également mis en révolte contre le droit des gens. A Strasbourg, c'est la Bibliothèque renfermant des richesses littéraires inestimables ; c'est la Cathédrale, chef-d'œuvre d'architecture dont la renommée avait semé le nom dans le monde entier; ce sont toutes ces merveilles enfin qui ont été réduites en cendres par les bombes et les obus prussiens. Les temples, les hôpitaux eux-mêmes n'ont pas été davantage préservés du bombardement (1). Après Strasbourg, Paris devait subir le même traitement et la protestation collective que firent les sections réunies de l'Institut de France et qu'elles

(1) Déposition de M. Keller, député au corps législatif, séance du 1er sept. 1870. *J. off.* du 4, cité par Morin, p. 203, t. II. Guelle, *op. cit.* t. II, p. 126.

dénoncèrent à tout le monde civilisé, avant même que le bombardement eût commencé, parce qu'il y avait des raisons suffisantes pour le redouter après ce qui s'était passé à Strasbourg, cette protestation, disons-nous, devait demeurer sans effet, et les ennemis devaient poursuivre avec acharnement leur œuvre de destruction (1). Il semble qu'ils aient pris pour point de mire précisément les bâtiments qu'ils auraient dû respecter; ici comme dans tous les autres sièges qu'ils ont entrepris (si l'on peut qualifier de ce nom le mode d'investissement inauguré par l'armée allemande), c'est à peine si les remparts ont été atteints par les projectiles. Leur intention étant bien arrêtée à l'avance de ne pas tenter l'assaut des places investies, ils avaient un moyen plus infaillible et moins dangereux : laisser agir le temps, et procéder par intimidation (2). Les édifices les plus remarquables de la capitale ont été gravemement endommagés; les nombreux hôpitaux ont été visés de préférence et beaucoup de malades et de blessés ont été tués sur leur lit de douleur (3). Sans doute, nous n'ignorons pas que les autorités allemandes ont protesté de leur innocence, en se fondant sur ce que, à des distances pareilles, il est très difficile de diriger le tir de l'artillerie sur le point choisi, et que des obus égarés doivent forcément frapper à côté. Nous savons ce que vaut un pareil argument. Si les bombes ont atteint les édifices publics et les propriétés privées, c'est que la main qui les dirigeait savait parfaitement où elles devaient tomber, et en avait d'avance escompté les effets; nous connaissons trop bien les

(1) **Morin**, p. 209.

(2) Sur 22 sièges environ qu'ils ont entrepris, dit M. Calvo, ils n'ont pas tenté un seul assaut (§ 844).

(3) Ces procédés iniques ont été l'objet d'une pétition de la part des médecins de tous ces établissements. Le museum d'histoire naturelle avait eu aussi beaucoup à souffrir. M. Chevreul, le doyen des chimistes de l'Europe dont on vient récemment de fêter le centenaire, fit à ce sujet une déclaration à l'académie des sciences. V. pour plus de détails, **Morin**, p. 217 et s.

capacités des officiers allemands en ces matières pour ne pas leur faire l'injure d'imputer à leur maladresse les coups malheureux qui manquant le but venaient frapper les citoyens inoffensifs. Une raison qui à elle seule suffirait pour prouver la fausseté de ces allégations, c'est que, lorsque l'ennemi apprit que les soldats allemands prisonniers, blessés ou malades, allaient être transférés au Val-de-Grâce, le feu cessa aussitôt d'être dirigé sur cet établissement jusqu'alors criblé par les obus. On se contente de dénoncer de pareils procédés, on ne les commente pas.

B. Droits sur les meubles.

Les Meubles appartenant à l'Etat comme ceux appartenant à des particuliers peuvent être de deux sortes : l'Etat peut être propriétaire de meubles corporels proprement dits, et de meubles incorporels ou créances. Quels sont les droits de l'occupant sur ces deux catégories de biens?

I. Meubles proprements dits. — Et d'abord sur les meubles corporels. On peut poser en règle générale que tous les objets possédés par l'Etat, soit qu'ils servent directement à sa défense, soit qu'ils n'y contribuent qu'indirectement en créant des moyens de résistance qui permettent de prolonger la lutte, sont valablement confisqués par l'envahisseur. Augmenter ses propres forces en affaiblissant celles de l'adversaire, abréger par suite la durée des hostilités, tel est le but qu'il doit poursuivre. De même qu'en faisant tomber une à une les places fortes de l'ennemi, les hasards de la lutte compromettent gravement sa situation militaire, de même en le privant de ses autres moyens de défense, ils doivent accélérer le moment de la soumission. Or, ce qui constitue ses autres moyens de défense, ce sont tous ces objets qu'on désigne ordinairement sous le nom de Matériel de guerre, ce qui comprend les armes et munitions, les trésors de l'armée, les effets d'habillement renfermés dans les magasins, les effets d'équipement, les voitures pour les transports, etc. Il est d'un intérêt capital pour

a. Matériel de guerre.

les troupes envahissantes de s'emparer de ces divers objets. Ici encore le principe suivi est constant. Comme la guerre se fait d'Etat à Etat et non entre particuliers, les choses seules qui appartiennent aux Etats en lutte ou aux belligérants qui soutiennent la cause de ces Etats, sont susceptibles d'appropriation de la part des combattants. Ces règles vont nous servir à résoudre les questions qui se présenteront relativement aux objets mobiliers dépendant du domaine de l'Etat.

Tous les objets que nous avons énumérés plus haut, et qui servent à soutenir et à mettre en œuvre les forces de l'ennemi, quand par suite des hasards de la guerre, ils tombent entre les mains de l'une des parties, lui sont valablement acquis d'après les règles du droit des gens, et passent en sa propriété sous la dénomination générale de Butin. C'est la *præda bellica* du droit romain, mais ce mot n'a plus l'étendue de signification qu'il avait à Rome et il ne comprend plus ce qu'il comprenait alors. Si l'idée éveillée par cette expression, alors si large, est devenue plus étroite, c'est un effet de l'opinion même qu'on s'est faite de la guerre aux diverses époques de l'histoire; et il devait en être ainsi à mesure que se faisaient jour davantage les idées d'humanité, à mesure que la civilisation avançait par un progrès lent mais irrésistible. A Rome, il n'était pas regardé comme contraire à la morale de dépouiller un ennemi que les lois de la guerre ne défendaient pas de tuer. On ne distinguait pas entre les personnes qui prenaient part à la lutte et celles qui se tenaient à l'écart; il suffisait qu'une guerre éclatât avec une nation pour que cette nation tout entière fût englobée sous la dénomination d'hostile au peuple Romain; on ne lui reconnaissait pas le droit d'existence; par suite, n'ayant pas de vie propre, elle ne pouvait rien posséder (1), et, dans l'hypothèse d'une guerre venant à éclater avec ce peuple, il était assez

(1) Le droit de propriété des ennemis ne compte pas; ce n'est qu'un fait sans valeur juridique. Acc. t. I, p. 528.

naturel que le conquérant considérât comme n'appartenant à personne, comme une *res nullius* pour parler la langue des jurisconsultes, les biens soit mobiliers, soit immobiliers qui se trouvaient dans ses frontières; et ici apparaissait aussitôt un mode d'acquérir, « *l'occupatio* », qui s'appliquait à tous ces biens supposés sans maître. Si nous en croyons Gaïus, c'était même aux yeux des Romains la propriété la plus légitime, le mode d'acquérir par excellence (1). Partant de ce principe, on ne devait excepter de la confiscation aucune des choses appartenant à l'ennemi. Tout, sans distinction, tombait au pouvoir de l'occupant et devenait sa propriété : pas de démarcation entre ce qui servait ou non à la guerre, entre ce qui appartenait aux soldats ou aux non-combattants : tout était de bonne prise; ce n'était plus qu'une question de répartition à régler entre l'Etat et le capteur, répartition qui se faisait ordinairement selon la nature de l'arme à laquelle appartenait le militaire qui s'était emparé du butin, et selon les circonstances de fait et de lieu où s'était opérée la capture de ces objets.

En passant dans les guerres modernes, le mot Butin a changé de sens et se fonde sur d'autres principes. Ce n'est plus comme *res nullius* que l'on traite les objets mobiliers appartenant à l'ennemi; ce n'est plus parce qu'ils ne sont la propriété de personne qu'on permet à l'envahisseur de se les approprier, et si sous l'expression de butin, on comprend encore le pillage des biens des non-combattants autorisé exceptionnellement lors du sac d'une ville prise d'assaut. Il est plus exact de dire que par butin, on ne désigne à proprement parler que l'ensemble du matériel de guerre composant soit directement, soit indirectement, les moyens de défense de chacun des souverains adverses : tout ce qui n'est pas susceptible de rentrer dans les termes de cette

(1) « Maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent ». Gaius, c. IV. § 46.

énumération, c'est-à-dire la fortune mobilière privée des non-combattants, même les objets dont les combattants se trouvent nantis non point comme soldats, mais comme simples particuliers, reste hors des atteintes de l'adversaire et ne peut faire l'objet d'une capture. Si ces objets sont enlevés, cette spoliation constitue un acte de pillage, et c'est là un procédé qui est de nos jours absolument réprouvé et puni par les art. 248, 249 et 250 du code de Justice militaire (L. 9 juin 1857). La fiction sur laquelle repose actuellement le droit de faire du butin a totalement changé. Ce n'est plus parce que l'on considère comme *res nullius* les choses appartenant à l'ennemi; c'est parce que les armées sont réputées abandonner de part et d'autre aux chances de la guerre tout ce qu'elles portent avec elles lors de leur rencontre; c'est un sacrifice forcé et réglé d'avance sur lequel dès l'ouverture des hostilités on a passé condamnation, sacrifice imposé par les nécessités de la guerre et qui n'est autre chose que la consécration de l'axiome, qui veut la fin veut les moyens. Or, comme l'a dit un auteur, la guerre n'est plus considérée de nos jours comme un état de choses normal ; c'est une situation nuisible à tous et de laquelle il convient de sortir le plus tôt possible. Que de part et d'autre on consente à se dépouiller au cas d'une rencontre, des objets que l'on s'arrachera mutuellement sur le champ de bataille; toutes choses restant d'ailleurs égales, l'équilibre ne sera pas rompu entre les forces respectives des combattants, seulement les moyens de résistance seront diminués des deux côtés, ce qui peut faire espérer une fin plus prochaine des hostilités.

L'art. 50 des Lois de la guerre sur terre dispose que « l'occupant ne peut saisir que le numéraire, les dépôts d'armes, les approvisionnements, *et en général les propriétés mobilières de l'Etat de nature à servir aux opérations de la guerre* ».

Le vainqueur pourra saisir le numéraire trouvé dans les

caisses publiques et dans celles qui suivent l'armée; c'est un moyen indirect mais infaillible de diminuer les forces de l'adversaire. Aujourd'hui, plus qu'à aucune autre époque, il est exact de dire que l'argent est le nerf de la guerre; plus que jamais, les dépenses faites pour l'entretien des armées se chiffrent par des sommes énormes, étant donné le nombre formidable de combattants qui, à un moment donné, peuvent être jetés sur les frontières respectives des divers États. Toujours en vertu des mêmes principes, seront de bonne prise les armes, les chevaux et les effets d'équipement (1). De même des magasins d'armes, soit qu'ils appartiennent à l'État, soit qu'ils appartiennent à des particuliers; en ce qui concerne les magasins de vivres, on ne permet de saisir que ceux dont les produits sont destinés à nourrir l'armée (2). Quant aux subsistances destinées à la population paisible des non-combattants, elles sont respectées comme butin, mais elles peuvent être englobées dans les réquisitions militaires opérées par l'ennemi.

Tombent également au pouvoir du vainqueur, les voitures régimentaires, celles des services de l'administration militaire et des subsistances, en un mot, tous les moyens de transport que les belligérants trainent avec eux en campagne pour assurer les différents services de l'armée. Il est d'une importance capitale de les saisir et de les intercepter pour empêcher les convois de parvenir à destination; on affaiblit de cette manière les forces de l'adversaire, et celui qui s'en empare assure ses moyens d'existence. b. Chemins de fer.

Mais à côté de ces moyens ordinaires de locomotion et de transit, il existe tout un système de transit de création relativement récente et qui est devenu de nos jours d'une application générale pour le transport des troupes et les besoins de la

(1) Bluntschli, art. 659. — Guelle, *op. cit.* p. 164.
(2) Neumann, *op. cit.* § 47.

guerre. Nous voulons parler des lignes de chemins de fer qui permettent, grâce à la rapidité du matériel qui les sillonne en tous sens, de transporter en quelques jours et à de grandes distances, des corps de troupes tout entiers avec armes et bagages. Quel va être le sort de ce matériel affecté aux transports par voies ferrées, qui va tomber aux mains de l'occupant avec la portion de territoire sur lequel sont établies ces voies ferrées? Faudra-t-il les traiter comme des objets servant à la guerre, et permettre à l'occupant de s'en emparer et d'en faire tel usage que bon lui semblera; faudra-t-il, au contraire, les considérer comme des choses pacifiques destinées exclusivement aux rapports commerciaux des pays que traversent ces lignes de chemins de fer, et par suite les traiter comme les biens des particuliers, ce qui aurait pour conséquence de les soustraire à toute appropriation de la part de l'occupant? Nous croyons que ces deux systèmes sont trop exclusifs et que la question qui nous occupe doit être soumise à des règles toutes spéciales : nous allons tâcher d'appuyer cette proposition de quelques développements.

Lorsqu'un État décide qu'il y a lieu de créer une ligne d'un point déterminé du territoire à un autre point, une fois les travaux de tout genre terminés, on peut supposer que l'exploitation de la ligne appartiendra selon la législation du pays, soit à l'État lui-même, soit à des particuliers constitués en sociétés, et auxquels l'État concèdera le droit d'exploitation sous son contrôle et sa haute surveillance. C'est en général l'exploitant, soit État, soit particuliers, qui fait les premiers déboursés pour achats de locomotives, wagons de voyageurs ou de marchandises ; c'est l'exploitant qui est chargé de les entretenir et renouveler à ses frais : d'où il suit, que tous les objets mobiliers qui composent ainsi ce matériel roulant et dont la valeur s'élève à des sommes fort importantes, est la propriété de l'exploitant, qu'il s'appelle État ou Compagnie, peu importe.

Ceci établi, si nous supposons une ligne exploitée par l'État, étant donné d'un côté, que l'État est propriétaire de cette ligne; que d'un autre côté, le chemin de fer sert aux opérations de la guerre puisque cet État y a recours pour le transport de ses troupes et de leurs subsistances, ne semble-t-il pas logique de penser que ce sont là aussi des objets que l'ennemi a entendu abandonner aux hasards de la lutte, que l'occupant peut confisquer sans être tenu à aucune restitution, à aucune indemnité; en un mot, pourquoi ces objets ne suivraient-ils pas le même sort que les armes, les munitions et autres meubles corporels appartenant à l'ennemi et servant à la guerre? — Eh bien! non, cette assimilation ne serait pas exacte. Sans doute, les chemins de fer servent aux opérations militaires; ils sont même des auxiliaires d'un grand prix, mais on ne peut pas dire qu'ils sont destinés à la guerre : ils ont un but plus humain, plus bienfaisant, un but essentiellement pacifique. Ils réunissent les peuples les plus éloignés par un échange incessant de leurs produits, faisant passer rapidement les marchandises des points où elles abondent sur ceux où elles sont demandées, et répandent sur leur passage les bienfaits du commerce et de l'industrie. Sans doute, on ne peut nier l'utilité des chemins de fer au point de vue militaire, mais cette utilité n'est que passagère et accidentelle, tandis que leur utilité commerciale et internationale est de tous les instants et perpétuelle. Or, si on reconnaît à l'ennemi le droit de s'approprier le matériel roulant, il faut en même temps lui accorder celui de s'en emparer sans indemnité et sans obligations de le restituer à la conclusion de la paix, de l'emmener même sur son territoire et de l'y faire servir à son propre usage; d'en doter même quelque nouvelle ligne sans bourse délier, car le capteur peut disposer des biens mobiliers appartenant au belligérant avec lequel il est en lutte. Mais qui ne voit tout de suite les effets désastreux d'une telle solution dont les suites vont

retomber sur le corps social tout entier? Les États ne sont plus considérés aujourd'hui comme des unités isolées les unes des autres qui entourent leurs frontières de murailles infranchissables comme si elles pouvaient se suffire à elles-mêmes; il faut que chacun de ces États puisse se répandre à l'extérieur et vivre de la vie de ses voisins en même temps qu'il les fait participer à sa vie intérieure. Avec les progrès réalisés, les nations seraient incapables de nos jours de se passer de ces moyens de locomotion : or, un matériel de l'importance de celui qui est en circulation, même sur un espace restreint de territoire, ne s'improvise pas. S'il est définitivement confisqué, il en résultera un arrêt des plus regrettables dans les rapports internationaux, dans les transactions économiques et commerciales, et l'effet survivra de longtemps à sa cause, car la paix pourra être conclue depuis déjà longtemps, et le matériel pourra ne pas avoir été encore remplacé.

Bien plus, dès que le vainqueur croira pouvoir sans compromettre le succès de ses opérations militaires rendre les lignes par lui occupées à la circulation du public et aux transactions commerciales, il devra s'empresser de le faire. Agir autrement serait sans aucun profit pour personne; il a lui-même tout à y gagner tant au point de vue matériel qu'au point de vue des rapports de bon voisinage.

Mais pendant qu'il exploitera lui-même ces lignes de chemins de fer, l'occupant va percevoir les prix de transports payés par les personnes ou les marchandises voyageant sur ces lignes. Ces sommes d'argent qui régulièrement auraient dû tomber dans les caisses de l'État et auraient servi dans une certaine mesure à alimenter la guerre (puisque nous raisonnons dans l'hypothèse d'une exploitation faite directement par l'État et pour son propre compte), ces sommes d'argent seront encaissées par l'occupant et recueillies par lui à titre de fruits produits par des biens

dépendant du Domaine de l'État envahi ; en ce qui touche ces produits, il ne sera soumis à aucune indemnité à la fin de la guerre. Cette solution peut parfaitement s'accorder avec l'intérêt général qui exige le maintien des voies de communication, et qui peut à la rigueur s'accommoder de ce que l'exploitation est faite par un nouvel entrepreneur de transports aux lieu et place de l'entrepreneur primitif. Mais là s'arrêtent les droits de l'occupant; il ne pourra s'approprier définitivement le matériel roulant, et nous lui imposerons l'obligation de le restituer à la fin de la guerre dans l'état où il se trouvera à ce moment : telle est la solution qui nous semble devoir être donnée lorsque la ligne ferrée est exploitée par l'État.

Si elle est exploitée par une compagnie particulière, le matériel doit forcément avoir le caractère de propriété privée (1). En résulte-t-il forcément que nous ne devions reconnaître aucun droit à l'occupant sur ces objets et les traiter comme nous avons traité en général la propriété privée; le matériel devra-t-il jouir d'une immunité aussi complète? Nous ne le pensons pas.

Il est nécessaire, avons-nous dit, que l'exploitation ne subisse aucune interruption; mais d'un autre côté, il est pour l'occupant de la plus haute importance stratégique que l'exploitation soit faite sous son contrôle par des personnes de son choix, dans lesquelles il puisse avoir toute confiance (2). Il devra donc s'emparer du matériel et des lignes, mais cette occupation ne saurait être que temporaire comme celle du territoire; c'est un droit de séquestre qu'il faut accorder à l'ennemi dans l'intérêt de sa propre sûreté, mais ce droit ne peut être pour lui une source de bénéfice. Il ne faut pas perdre de vue cette circonstance, que les

(1) C'est le cas pour la France où les grandes lignes appartiennent pour le moment à des sociétés.

(2) Aussi la plupart des grandes puissances militaires ont-elles aujourd'hui dans leurs armées des bataillons dits de chemins de fer dont la mission est de s'emparer des lignes et de les exploiter immédiatement.

objets qu'il détient ainsi appartiennent à des particuliers, et qu'en règle générale, une pareille propriété échappe aux atteintes de l'ennemi. Dans notre hypothèse, il pourrait se contenter de réquisitionner ces moyens de transport ; il préfère en prendre lui-même en mains l'administration, parce qu'il pense que son succès est à ce prix; libre à lui d'agir de cette manière, mais simple gérant, il aura des comptes à rendre à l'expiration de ses pouvoirs. Une fois les frais d'administration prélevés, il devra payer aux compagnies concessionnaires les bénéfices nets qu'il aura retirés de l'exploitation. L'équité semblerait même exiger que l'occupant leur tînt compte et leur payât sous forme d'indemnité les prix qui auraient été dûs pour frais de transport soit de ses troupes, soit de son matériel de guerre, à supposer que ce transport eût été effectué sur d'autres réseaux : c'est alors une véritable réquisition, et toute réquisition suppose une indemnité.

Résumant ce que nous venons de dire, nous en concluons : *que, dans le cas d'une ligne exploitée par l'Etat, les droits à reconnaître à l'occupant sur le matériel seront moins considérables que ceux qu'on lui accorde sur les autres biens de cet Etat susceptibles de servir aux opérations de la guerre.*

Et que, d'un autre côté, au cas d'une ligne exploitée par des particuliers, les droits reconnus à l'occupant sur le matériel roulant seront plus étendus que ceux qu'on lui accorde sur les propriétés privées ordinaires.

Dans la première hypothèse, l'occupant sera quitte en restituant purement et simplement le matériel à la conclusion de la paix sans être tenu à aucune indemnité.

Dans la seconde hypothèse, outre la restitution, une indemnité sera due. Telles sont les considérations qui nous ont fait dire dès le début, que les chemins de fer nous semblaient être soumis à des règles particulières (1).

(1) Cf. Guelle *op. cit.* p. 88 et s.

Les conclusions que nous venons de formuler nous semblent d'ailleurs avoir été adoptées dans les auteurs et dans les documents les plus récents qui s'occupent de la question, bien que peut-être elles ne s'en dégagent pas avec toute la précision désirable. M. Bluntschli dit, dans l'article 645 de son droit international codifié :

« Le matériel des chemins de fer (locomotives pour voya-
« geurs et marchandises), les bâteaux à vapeurs et autres em-
« barcations utilisables pour le transport des troupes et des
« objets nécessaires aux opérations militaires, les appareils télé-
« graphiques peuvent être occupés par l'autorité militaire même
« lorsqu'ils appartiennent à des sociétés privées ou à des particu-
« liers et peuvent être utilisés pour les opérations militaires,
« sous réserve de leur restitution lors de la conclusion de la
« paix et d'indemnisation envers les particuliers ».

Les mots « même lorsqu'ils appartiennent à des sociétés privées » indiquent que, par un *a fortiori* qui s'imposait de lui-même, tous les objets mentionnés au début de l'art. 645 peuvent être occupés par l'autorité militaire quand ils appartiennent à l'Etat ennemi; donc les deux modes d'exploitation dont nous avons parlé dans nos explications se trouvent aussi prévus par notre auteur. Or, quelle est la solution qu'il donne ? Il devra, dit-il, y avoir restitution dans les deux cas; et de plus, ajoute-t-il, « indemnisation envers les particuliers », ce qui doit se traduire ainsi : « indemnisation pour le cas où le chemin de fer appartient à des particuliers ».

Le dernier document qui s'occupe de la question, est le Traité des lois relatives à la guerre, dont nous avons eu déjà l'occasion de parler. L'art. 51 compris sous la rubrique « Règle de conduite à l'égard des propriétés publiques » dispose de la manière suivante :

« Le matériel de transport, (chemins de fer, bâteaux, etc.),

« ainsi que les télégraphes et les câbles d'atterrissage peuvent « seulement être séquestrés pour l'usage de l'occupant.... ils sont « restitués à la paix dans l'état où ils se trouvent ».

Rapprochons de ce texte celui de l'art. 55 sous la rubrique « Règle de conduite à l'égard des propriétés privées ».

« Les moyens de transport (chemins de fer, bâteaux, etc), les télégraphes, les dépôts d'armes et de munitions de guerre, quoique appartenant à des sociétés ou à des particuliers peuvent être saisis par l'occupant; mais ils doivent être restitués si possible et les indemnités réglées à la paix ».

Qu'en résulte-t-il ? C'est que dans tous les cas l'occupant doit restituer le matériel tel qu'il se trouve au moment de la paix, et qu'en outre, en supposant que ce matériel appartienne à des sociétés privées, à cette obligation de restituer vient s'ajouter celle de leur payer une indemnité.

Il faut donc procéder à un règlement de comptes entre l'occupant et les compagnies; mais on se figure sans peine les difficultés dont sont remplies dans la pratique de pareilles opérations. Il est évident que les compagnies, en admettant même qu'elles parviennent à obtenir un règlement de comptes, sont toujours indignement frustrées, car elles n'ont entre les mains aucun moyen efficace de contrôle; la France en a fait la triste expérience lors de la dernière guerre. Tous les chemins de fer des territoires occupés par les Allemands étaient, à mesure qu'ils avançaient vers la capitale, séquestrés et exploités par eux ; un grand nombre de locomotives et de wagons soit de marchandises, soit de voyageurs, furent même emmenés en Allemagne où on les affectait à d'autres lignes que celles auxquelles ils étaient primitivement destinés, et à d'autres services que ceux de l'armée ennemie. Dans une convention additionnelle au traité de paix, il fut convenu qu'on nommerait une commission mixte chargée de liquider les droits des compagnies sur les profits perçus pendant

la période de séquestre. Seulement il est permis de douter, d'après les documents que nous possédons, que les travaux de cette commission aient abouti à un résultat satisfaisant, bien que les plénipotentiaires français n'aient cessé de harceler de leurs réclamations les autorités allemandes (1). Il est plus probable que leurs efforts sont demeurés vains, et que si les Allemands se sont enfin exécutés cela n'a été que plus tard et lorsque le matériel aura été complètement hors d'usage. Quoiqu'il en soit, si nous en croyons Calvo (t. II, § 907) au 17 décembre 1871, les compagnies n'avaient encore reçu que la portion de leur matériel la plus détériorée et les particuliers détenteurs de wagons et de locomotives emmenés en Allemagne refusaient d'en livrer les débris aux agents chargés d'en prendre livraison. Quant au compte pour la période du séquestre, la liquidation n'en était pas commencée à la même époque.

c. — Impôts directs et indirects.

Nous avons autorisé l'occupant à s'emparer des sommes

(1) Dans la longue série des conférences qui se tinrent à Francfort de juillet à décembre 1871, et principalement dans la séance du 13 juillet, les plénipotentiaires français firent allusion aux sommes dues aux cinq compagnies de Lyon, de l'Est, du Nord, de l'Ouest et d'Orléans pour l'exploitation par l'Allemagne des lignes séquestrées pendant la guerre et pour leurs frais de location, ou pour la restitution de leur matériel roulant. Les plénipotentiaires allemands répondirent qu'ils n'étaient pas en mesure de se prononcer sur cette question; que d'ailleurs la commission mixte de liquidation avait dû déjà entrer en fonctions. Dans la séance du 19 octobre, nos délégués reviennent à la charge; ils n'obtiennent que des réponses évasives. Il en est question pour la dernière fois dans la conférence du 2 décembre 1871 (Declerc, *Recueil des traités*, t. X, p. 529). Nos plénipotentiaires s'expriment ainsi : « Les projets de déclaration sur les rétributions ou contributions postérieures au 2 mars 1871 et les réclamations des compagnies de chemins de fer séquestrés pendant la guerre peuvent être considérés comme se rattachant aux questions de détail que le protocole de Berlin du 12 octobre dernier délègue à la commission mixte de liquidation des finances, ou comme découlant de conventions spéciales dont l'interprétation ou l'application comportent une entente ultérieure entre les deux gouvernements : les plénipotentiaires français sont autorisés à adhérer à la suppression réclamée ».

trouvées dans les caisses publiques et à les employer à son usage. Il est pour l'Etat une source de revenus, la plus importante de toutes celles qui alimentent ses caisses, nous voulons parler des impôts que les contribuables paient chaque jour à l'Etat. Ces sommes qui servent à établir le Budget et qui sont affectées aux divers services publics sont l'élément vital qui sert à supporter les dépenses nécessitées par les nombreux besoins. Empêcher l'Etat envahi de faire rentrer ces fonds sur lesquels il était en droit de compter pour faire face aux dépenses encourues, et surtout parmi ces dépenses à celles du budget de la guerre dont le montant se chiffre aujourd'hui chez les puissances de l'Europe par des sommes énormes, c'est évidemment un des meilleurs moyens d'abréger la durée de la lutte et d'amener plus vite l'ennemi à composition. Aussi les usages internationaux permettent-ils à l'occupant de percevoir lui-même les contributions de toute nature que les habitants auraient dû payer au souverain ; c'est un moyen de se dédommager des frais de la guerre et d'affaiblir les ressources de l'ennemi. L'occupant exerce de fait l'administration du territoire envahi ; par suite de l'occupation, l'autorité politique indigène est suspendue et son exercice passe provisoirement à la force armée occupante. Etant admise la notion que les modernes se font de l'impôt, à savoir qu'il découle de l'obligation incombant à chacun de contribuer selon ses facultés aux frais des charges publiques, en retour de la sécurité et des bienfaits de l'organisation qu'on est en droit d'exiger du gouvernement établi, il en résulte que si l'occupant peut s'approprier les sommes payées sous forme de contributions, il doit de son côté procurer aux habitants du territoire envahi toutes les garanties pour leurs propriétés et leurs personnes, et assurer le bon fonctionnement des services publics.

Une ordonnance émanée du gouvernement général de l'Alsace (29 août 1870) prescrivait aux fonctionnaires allemands de per-

cevoir les impôts dans les parties du territoire occupées par les armées; elle interdisait de faire soit au gouvernement français, soit à l'armée française, tous paiements ou assignations de sommes d'argent ou fonds existant dans les caisses. Comme sanction, elle édictait une responsabilité personnelle de restitution pour les employés du fisc contrevenants, et selon les circonstances, la peine pouvait aller jusqu'à une punition, selon la loi martiale. Mais le refus de la part d'un grand nombre de nos fonctionnaires de servir sous l'autorité de leurs nouveaux maîtres devait rendre la tâche fort difficile pour les Allemands, car les rouages de notre administration financière, surtout en ce qui concerne la perception des contributions indirectes, sont des plus compliqués, et ce service exige une nuée d'agents dont le travail se trouve singulièrement simplifié quand ils connaissent le pays où ils doivent exercer leurs fonctions.

Tout en prenant pour base la cote des contributions directes telles qu'elles avaient été fixées pour les divers départements par le budget français de 1871, il fut décrété par la chancellerie fédérale (ord. du 18 novembre 1870) qu'à la place de tous les impôts directs et indirects, il serait établi un seul impôt direct composé :

1° De la somme des contributions directes telles qu'elles avaient été établies pour l'année 1870 dans le tableau de répartition par les diverses communes.

2° Du rendement total de l'Enregistrement, du Timbre et des autres impositions indirectes, à l'exception du produit du tabac, du sel et de la poudre. Le calcul se fit sur la base du rendement moyen des deux dernières années, de sorte que les contribuables pris en masse ne payèrent pas davantage qu'autrefois. Qu'il nous soit permis de faire remarquer que si les contribuables ne payèrent pas plus qu'autrefois, ils payèrent néanmoins plus qu'ils n'auraient dû payer réellement, car il faut tenir compte des circonstances dans lesquelles se faisaient les rentrées des impôts

indirects; il devait résulter nécessairement de la guerre une diminution de la fortune publique, par suite de la diminution des transactions civiles et commerciales, d'où une réduction forcée dans le rendement des impôts de cette catégorie ; les évaluer à la moyenne des deux dernières années, c'était donc les évaluer trop haut et conséquemment imposer aux populations des charges qui ne pouvaient pas répondre à des opérations effectuées. Le gouvernement allemand fixait le montant de ce qui était ainsi dû par chaque commune, et cette somme était ensuite répartie sur les contribuables par les soins du maire auquel était allouée une indemnité de 3 °/₀. Cette allocation, attribuée à un fonctionnaire dont les services sont éminemments gratuits, est bien faite pour choquer les sentiments de délicatesse les plus élémentaires, car elle semble accorder une prime aux vexations dont auraient pu souffrir des contribuables payant à regret des sommes qu'ils auraient désiré voir rentrer dans les caisses de leur gouvernement. Mais ce sentiment de dégoût disparait quand on réfléchit qu'en définitive le vaincu bénéficiait de cette mesure; en effet, la remise de 3 °/₀ était un stimulant pour le contribuable à se libérer, puisque par suite du désintéressement louable du fonctionnaire ainsi rétribué, elle venait en déduction de la somme totale imposée à la communauté.

Telles furent les dispositions prises par le gouvernement allemand pour la perception des contributions. Il fut décidé qu'on ferait rentrer dans le trésor toutes les redevances échues ou à échoir postérieurement au 15 août 1870 (1). Cet état de choses aurait dû cesser le 2 mars 1871, date de la ratification par les représentants du pouvoir législatif français du traité de paix préliminaire du 26 février 1871, et en vertu des stipulations conte-

(1) V. pour ce qui précède, un article du Dr Lœning. « L'administration du gouvernement général de l'Alsace durant la guerre de 1870-71 ». *Revue de Gand*, année 1873, p. 101 et s. — Guelle, *op. cit.*, p. 105 et s.

nues dans l'article 3 de ce traité ; mais les autorités ennemies se montrèrent sur ce point, comme en beaucoup d'autres, peu respectueuses de la parole donnée. C'est dans ces circonstances qu'intervint la convention de Rouen du 16 mars 1871 qui portait que « le versement de quelques impôts en retard ayant été « exigée par les chefs de corps avec menace d'exécution mili- « taire, il demeurait convenu que lesdits impôts ne seraient pas « exigés; seulement, le compte en serait fait entre les deux gou- « vernements : le gouvernement français prenait à sa charge ce « qui pouvait être dû, sauf son recours contre les départements « et les communes ». De plus, tous les impôts arriérés pour 1870 étaient définitivement remis, et tous les départements temporairement occupés, où les impôts n'avaient pas été réclamés par l'autorité allemande jusqu'au 2 mars, étaient définitivement affranchis de toutes charges de cette nature. En agissant ainsi, le souverain légitime n'avait d'autre désir que de soustraire ses ressortissants aux vexations dont ils avaient été trop longtemps victimes.

Une autre mesure administrative dont l'usage est régulièrement reconnu à l'occupant, c'est celle qui consiste à supprimer sur la frontière du pays envahi la législation douanière. On comprend, en effet, que l'occupant ne veuille pas se soumettre aux exigences de l'importation en ce qui concerne les objets de toute nature dont il peut avoir besoin pour l'entretien de ses troupes; de plus, en supprimant les droits de douane, il facilite et encourage l'écoulement des produits de son industrie et peut ainsi porter un coup fatal au commerce de la production indigène. Comme les droits de douane constituent des avantages à son profit, il doit être permis à l'occupant de renoncer à ces avantages, d'autant plus que, devant lui-même payer les droits qui seraient afférents à l'importation, ce serait lui qui, en définitive, supporterait les charges en résultant. Il a donc tout intérêt

à déclarer que les objets qui lui sont nécessaires ou qu'il lui plaira de désigner, pénètreront en franchise dans les territoires envahis. Les Allemands ne devaient pas manquer de mettre en pratique ces principes déjà appliqués par les Anglais dans la guerre avec les Etats-Unis (1812-1814), mais cet état de choses, que nous qualifierions d'anormal, ne pouvait pas se prolonger plus longtemps que l'occupation elle-même. Aussi, la Cour de Metz siégeant alors à Mézières, statuant sur appel d'un jugement du tribunal de Sedan, n'a-t-elle pas hésité à considérer comme fait de contrebande l'importation de marchandises venant de Belgique. (Il s'agissait dans l'espèce de tabacs et de cigares, et le délit était du 10 mars, par conséquent postérieur aux préliminaires de paix (1). Cet arrêt a été vivement attaqué par le Dr Lœning, dans un article paru dans la *Revue de Gand* (année 1873, p. 100), mais les considérants sur lesquels s'appuie le jugement visé suffisent pour montrer que les juges de la cause n'ont fait qu'appliquer sainement les principes. Le fait de la part de l'autorité allemande de ne pas se prévaloir des lois de douane à l'encontre des contrebandiers, n'a pu avoir pour conséquence l'abrogation de la législation régissant la matière. Arrivant les préliminaires et convention de paix qui rendaient aux autorités françaises l'administration détenue un instant par l'autorité allemande, il était donc inutile de publier ou promulguer aucun acte législatif pour rendre à nouveau ces lois exécutoires ; elles reprenaient dès ce moment même leur empire, et le délit encouru par l'appelant était parfaitement répressible. Cette solution nous paraît dans l'espèce absolument justifiée.

II. — Droits de l'occupant sur les meubles incorporels.

Quel effet l'occupation produit-elle sur les créances ? L'Etat envahi peut en effet se trouver créancier de sommes importantes

(1) Cour de Mézières, 29 juillet 1871. S. 72. 2. 34.

sur des particuliers qui peuvent être ses nationaux, sur l'Etat ennemi lui-même ou sur des sujets de ce dernier. Faut-il reconnaître à l'occupant le droit de confisquer ses créances, soit pour en exiger lui-même le paiement, soit pour en faire la remise au débiteur dont le sort l'intéresse, soit pour l'éteindre par une sorte de confusion qui se réaliserait sur sa tête comme détenteur du titre de la créance et comme tenu lui-même de satisfaire au paiement de la dette? On comprend sans peine l'importance de la question et l'intérêt qui s'attache pour l'occupant à empêcher l'ennemi de réaliser sa créance.

Cette question a préoccupé les auteurs depuis les temps les plus reculés, et si la même solution est aujourd'hui admise presque universellement, ce progrès ne date que d'une époque assez récente. On décide généralement que l'occupation ne confère à l'envahisseur aucun droit sur les créances de l'Etat ennemi ; il est en effet assez difficile de considérer les créances comme susceptibles d'une possession réelle, et par suite, comme pouvant faire l'objet d'une occupation. De ce que l'on est détenteur du titre constatant le lien de droit qui unit le créancier et le débiteur, il ne s'ensuit nullement que l'on soit mis à la place du créancier et nanti de la prérogative de demander le paiement. Ici, par hypothèse, c'est par violence et par suite de circonstances absolument indépendantes de la volonté du créancier véritable que l'occupant se trouve en possession du titre de la créance que le premier comptait à son actif. Or, il est en droit une règle incontestée et incontestable, c'est que, « une créance chose essentiellement incorporelle ne fait naître de rapports qu'entre le créancier et le débiteur ; le créancier seul peut valablement céder ses droits à des tiers » (1). Il faut qu'il consente à se dessaisir de son droit pour le transmettre au cessionnaire ; c'est là une convention qui suppose un accord de volontés faisant

(1) Heffter § 134,

ici absolument défaut, et qui ne peut se légitimer par une dépossession violente. De plus, où est l'acceptation de la part du débiteur (art. 1690, c. c.) de se libérer désormais entre les mains du prétendu cessionnaire? Puis, nous savons que pour que le paiement soit valable, il faut qu'il soit fait par le débiteur au créancier, ou à son mandataire, ou à quelqu'un autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui (art. 1239. c. c. al. 1.). Or ici, l'occupant n'a évidemment pas mandat de recevoir pour le créancier. Nous l'avons déjà dit, l'occupation ne crée pas de droits pour l'occupant; elle ne crée qu'une situation de fait incapable de produire un changement aussi important dans des rapports aussi purement personnels que ceux du créancier et du débiteur. Tant que les hostilités durent encore, aussi longtemps qu'un traité n'a pas mis fin à la lutte, l'occupation est une situation provisoire, exceptionnelle, impuissante à opérer la substitution d'un nouveau créancier au créancier originaire. Ce sont là des effets qui ne peuvent résulter que d'une convention émanant des hautes parties contractantes, et c'est alors seulement que le vainqueur devenu réellement cessionnaire de la créance aura le droit d'en poursuivre le paiement. Donc les principes nous semblent conclure à l'absence de tout droit de la part de l'occupant, de s'approprier les créances de son adversaire et d'en poursuivre le recouvrement.

Mais nous reconnaîtrons une certaine valeur au fait de la détention par l'occupant des titres constatant les créances de l'ennemi, et nous lui ferons produire certaines conséquences qui nous semblent inséparables du but poursuivi par les belligérants : paralyser leurs ressources réciproques. Or, les créances sont de puissants auxiliaires pour alimenter la lutte ; l'occupant qui tient dans ses mains les titres de créances pourrait, d'après nous, suivre selon les circonstances, la ligne de conduite que nous allons lui tracer.

1° Il peut se faire que le débiteur soit l'Etat occupant lui-même. Dans cette hypothèse, la prudence et son intérêt lui commandent de différer le paiement tant des intérêts que du capital, jusqu'au moment de la cessation des hostilités. Si des sommes étaient dues par les sujets de l'occupant, nous croyons que ce dernier pourrait s'opposer à ce que ses nationaux s'acquittassent envers le créancier durant la guerre ; on ne peut pas lui demander de fournir des armes à son adversaire.

2° Il peut se faire que le débiteur soit un ressortissant de l'Etat envahi et domicilié dans la partie du territoire occupé. Nous permettrons encore au souverain temporaire de s'opposer au paiement entre les mains du vaincu, du moins pour le moment. L'ordonnance rendue par le gouvernement de l'Alsace le 29 août 1870, dont nous avons déjà parlé, défendait tous paiements aux autorités françaises, mais là s'arrêtent les prérogatives accordées à l'occupant. Il n'a aucun droit à la propriété de la créance; il ne peut la confisquer définitivement. Lui permettre de la séquestrer, d'en demeurer dépositaire et d'en empêcher la prestation pendant toute la durée de la guerre, c'est là, nous semble-t-il, lui reconnaître des droits suffisants, en parfaite harmonie avec les fins de la guerre (1).

Ne pouvant exiger le paiement de ces créances, l'occupant n'a pas davantage le droit de les céder à un autre créancier, ni d'en faire remise au débiteur, ni de refuser d'en payer le montant dans l'hypothèse où il serait lui-même débiteur : ce serait alors une véritable confiscation. La remise de la dette faite par le vainqueur à ses nationaux, débiteurs de l'ennemi vaincu, et cette sorte de confusion qui s'opèrerait ainsi dans la personne de l'occupant, détenteur d'un titre qui constate une dette mise à sa charge, sont des actes absolument anti-juridiques et ne supportant pas le

(1) Guelle, *op cit.*, p. 113 et s.

moindre examen. Pour faire la remise d'une dette, il faut être créancier, et la confusion ne s'opère que dans des cas dont le nombre est assez restreint. Il faut, de plus, tenir compte d'une autre considération qui a peut-être son importance : l'Etat qui ne s'acquitterait pas de ce qu'il doit, et qui pour éteindre la créance de son adversaire empêcherait ses ressortissants de s'acquitter de leurs dettes, porterait une grave atteinte à son crédit public et à celui de ses nationaux. Si, dans leurs rapports internationaux, les Etats consentent à traiter les uns avec les autres des opérations de toute espèce, c'est qu'ils sont persuadés que, si d'un côté, la guerre avec ses troubles et ses chances diverses peut différer un moment l'exécution des contrats intervenus entre eux, si elle peut même en compromettre l'exécution, elle ne peut jamais aller jusqu'à supprimer ce qui a été fait, et jusqu'à empêcher leurs conventions de produire les effets qui y sont attachés par la loi ; et pendant que l'un des contractants avait l'intention de poursuivre le recouvrement de sa créance, l'autre ne pouvait raisonnablement compter sur les évènements d'une guerre encore lointaine pour se délier de ses obligations.

Telles sont les règles que semble dicter la raison et que consacre la théorie. Mais en pratique, il peut arriver et il arrive quelquefois qu'elles ne sont pas respectées, et qu'en fait, l'occupant transporté par ses succès et ne connaissant plus de bornes à son caprice, profite de sa domination momentanée pour poursuivre le paiement de créances appartenant au vaincu. Supposons que sur ses poursuites quelques débiteurs se soient acquittés, et que la paix étant rétablie, le souverain légitime soit réintégré dans le territoire occupé : quelle va être la situation du débiteur qui a payé entre les mains du souverain intérimaire ? Sera-t-il valablement libéré, ou devra-t-il effectuer un deuxième paiement entre les mains du véritable créancier qui n'a jamais cessé d'être créancier ? Quelle va être la situation de l'Etat réintégré ; sa

créance est-elle éteinte, ou bien peut-il en demander le paiement? C'est là une des questions les plus controversées entre les auteurs.

Deux solutions sont en présence : l'une basée sur des principes juridiques indiscutables, l'autre s'inspirant plus spécialement de considérations d'équité.

Suivant la première opinion, nous croyons qu'un paiement fait dans de semblables conditions doit être déclaré non valable, et que par suite, le débiteur qui s'est libéré entre les mains du souverain *de facto* doit être encore tenu de son obligation; le créancier véritable n'a pas reçu satisfaction, et il pourra demander le paiement de ce qui lui est dû; ce qui s'est passé entre son débiteur et l'occupant est pour lui *res inter alios acta*, c'est un acte qui ne saurait lui être opposable. On doit, croyons-nous, suivre ici les règles posées par le droit civil en matière de paiement. Or, quelles sont ces règles? C'est que le paiement, pour être libératoire, doit être fait au créancier ou à quelqu'un ayant pouvoir de lui, ou qui soit autorisé par justice ou par la loi à recevoir pour lui (art. 1239. c. c.). Or, nous l'avons déjà dit, l'occupant ne peut avec quelque raison être considéré comme ayant pouvoir du créancier de recevoir pour lui; c'est une supposition qui est inadmissible. Le créancier n'est donc pas obligé de tenir compte du paiement effectué, et il peut à son tour poursuivre le débiteur qui, en fait, se trouvera avoir payé deux fois. Sans doute, la situation du débiteur est pleine d'intérêt, et l'équité demanderait qu'il ne soit pas tenu pour responsable d'un paiement qu'il n'a pas été peut-être complètement libre de faire ou de ne pas faire; mais la situation de l'Etat ne manque pas d'offrir aussi de son côté un intérêt digne d'attention. En définitive, il perdrait le montant de la créance que son débiteur aurait soldée entre les mains de l'occupant.

Mais, si les principes du droit civil commandent cette solution,

le même droit civil par les tempéraments qu'il y apporte vient en adoucir la rigueur. C'est ainsi qu'on admet que le paiement est valable et le débiteur à l'abri de toute poursuite :

1° Si le souverain légitime, lors du traité de paix, a reconnu le pouvoir intermédiaire du vainqueur et a, par exemple, approuvé certains actes effectués pendant l'occupation, parmi lesquels le recouvrement des créances : il y aurait là une ratification qui validerait le paiement fait à celui qui n'aurait pas reçu pouvoir du créancier (art. 1239, c. c. *in fine*).

2° Si l'Etat en a profité. Par exemple, aux termes du traité, on déduit du montant des indemnités de guerre imposées à l'Etat vaincu, le montant des sommes qui ont été payées à l'occupant (art. 1239 *in fine*).

3° Enfin si le paiement a été fait de bonne foi à celui qui était en possession du titre de la créance (art. 1240, c. c.) Mais cette condition se rencontrera rarement dans la pratique, car le débiteur ne pouvant ignorer l'état de guerre qui pèse sur les deux pays, il aura tout lieu de croire que si l'occupant se trouve en possession du titre constatant son obligation, c'est par suite des hasards de la lutte; il y a donc eu spoliation, et cette considération nous semblerait suffisante pour exclure chez le débiteur tout motif plausible de penser que le détenteur du titre pût raisonnablement avoir droit à la créance (1).

Le second système qui, avons-nous dit, s'appuie plutôt sur des raisons d'équité et de bienveillance pour le débiteur, est formulé de la manière suivante :

Le débiteur sera définitivement libéré par le paiement fait à l'occupant, mais plusieurs conditions sont nécessaires pour qu'il puisse désormais échapper aux poursuites de son créancier :

(1) Guelle, *op. cit.*, p. 119 et s.

1° Il faut qu'il rapporte à celui-ci les quittances et décharges établissant sa libération.

2° Qu'il prouve que la dette était échue au moment où il l'a acquittée.

3° Que ce n'est point avec l'intention délibérée de porter préjudice au créancier primitif qu'il a éteint sa dette.

4° Et enfin que le paiement a eu lieu sous l'empire de la violence (1).

Cette solution est assurément plus avantageuse pour le débiteur qui mérite toute notre sympathie, mais elle nous semble dépourvue de tout fondement juridique. D'ailleurs, l'exception de nullité, tirée du fait de la violence, nous semblerait s'appliquer inexactement dans les rapports du débiteur et du créancier véritable; c'est dans les rapports du débiteur et de l'occupant, auteur de la violence, que cette nullité nous semblerait devoir trouver sa place (art. 1111, c. c.). Aussi, dans notre système, tout en permettant au créancier de tenir le paiement pour non-avenu et de demander la satisfaction qui lui est due, accorderons-nous au débiteur obligé de payer une deuxième fois, le droit de demander contre l'occupant la nullité du paiement qu'il a fait entre ses mains, comme entaché de violence; il nous parait logique d'accorder au débiteur ce dernier recours, quelque illusoire qu'il puisse être. De plus, il pourra, au nom de l'équité, s'adresser à son gouvernement, et l'indemnité qui lui sera accordée pour dommages subis par sa fortune, consistera justement pour lui, dans le cas présent, à être dégrevé d'un second paiement.

(1) Calvo, t. 2, § 915.

CHAPITRE III

DES EXCEPTIONS AU PRINCIPE D'APRÈS LEQUEL LES BIENS DE L'ÉTAT SONT SOUMIS AUX ATTEINTES DE L'OCCUPANT

Nous avons déjà touché cette question lorsque nous nous sommes occupé de déterminer les droits que reconnaissent les usages internationaux à l'envahisseur considéré comme combattant. Si nous lui avons permis de bombarder les ouvrages de défense derrière lesquels s'abritent les défenseurs du territoire, nous lui avons en même temps refusé le droit de diriger ses coups sur l'intérieur des villes et sur certains monuments qui doivent rester en dehors de la lutte et être soustraits aux horreurs du siège.

Il est à remarquer que tous les biens sur lesquels l'ennemi peut exercer des actes d'hostilité, soit qu'il leur fasse subir un traitement dont on est obligé de chercher la justification dans les nécessités de la guerre, soit qu'il fasse sur eux des actes de maître et se les approprie définitivement par une véritable confiscation; il est à remarquer, disons-nous, que tous ces objets ainsi voués aux chances des combats sont des parties de la fortune publique devant servir ou pouvant servir à la guerre. C'est précisément cette considération qui permet d'en opérer le séquestre et de la confisquer, car, en la supprimant, l'envahisseur, ruine les forces de l'adversaire et augmente d'autant ses propres forces.

Mais à côté de ces biens, il en est d'autres qui ne servent en aucune façon aux opérations militaires, dont le but est essentiellement pacifique, et qui, par cela même, s'imposent au respect

des belligérants. Nous voulons parler des monuments de toute sorte qui ornent les grands centres intellectuels d'un pays, et qui renferment dans leur sein des richesses inestimables formées des collections les plus variées, et appartenant soit au domaine des arts et des sciences, soit au domaine des lettres. Nous avons édicté une prohibition absolue relativement aux bombardements qui ne peuvent s'appliquer qu'aux constructions servant à la défense du pays; mais il ne suffirait pas d'épargner les locaux dans lesquels sont placées ces riches collections, si on ne prohibait en même temps l'enlèvement de ces objets et leur confiscation par l'occupant.

Collections scientifiques et littéraires.

Contre la destruction de toutes ces richesses, les arguments ne sont pas difficiles à trouver. Un des plus sérieux, c'est que leur anéantissement constituerait une grande perte pour le vaincu, sans avantage appréciable pour le vainqueur, perte d'ailleurs qui s'étendrait non seulement à l'Etat qui en a la propriété, mais encore à tout le corps social. En effet, si d'une part les nations assez heureuses pour posséder de semblables collections veillent sur elles avec un soin jaloux, d'autre part il est universellement admis que l'accès et l'usage même en sont permis à tous ceux qui s'intéressent aux études de toute sorte et sans distinction de nationalité. C'est par ce perpétuel échange de connaissances, par la communication incessante des nouvelles découvertes, et par l'examen attentif des collections scientifiques que les savants parviennent à formuler les lois; que les historiens parviennent à dégager certaines périodes des ténèbres épaisses qui jusqu'alors les enveloppaient; et les jurisconsultes à reconstituer les époques primitives de la science du droit. C'est dans ces manuscrits précieux gardés avec la plus grande vénération dans les bibliothèques que les travailleurs infatigables arrachent à l'histoire ses secrets les plus intimes, qu'ils formulent ensuite dans leurs livres pour les transmettre aux âges futurs. C'est là

que nous apprenons à connaître ceux qui nous ont devancés, et c'est aussi là que devront diriger leurs investigations ceux qui voudront connaître les vicissitudes par lesquelles ont dû passer les sociétés qui sont venues avant eux. Comment pourrait-on assister avec indifférence à la destruction de tous ces objets dans lesquels s'est empreint le génie de chaque siècle, et qui sont destinés à perpétuer au milieu de nous le souvenir des grands noms qui les ont illustrés par leur travail infatigable ? Ce serait rééditer les exploits regrettables des Vandales que de s'acharner sur des œuvres d'art dont le seul crime est de nous attester le talent et la gloire de leurs auteurs; ce serait se mettre en révolte ouverte avec les progrès de la civilisation que de laisser le vainqueur sacrifier à son caprice et à sa fureur ces monuments de toutes les branches de la science et de l'industrie qui ont coûté tant de sacrifices pécuniaires à l'Etat qui les a réunis, tant de travaux et tant de veilles à l'artiste qui les a créés. Que peut-on gagner à les détruire, dirons-nous avec Vattel. « C'est se déclarer ennemi du genre humain que de le priver de gaîté de cœur de ces monuments des arts, de ces modèles du goût » (1).

Ainsi, le simple bon sens milite en faveur du respect absolu des monuments publics et des objets d'art qu'ils renferment : défense expresse de les détruire sans motif, et pour le simple plaisir de détruire; prohibition absolue de priver pour jamais le monde savant de richesses d'un si grand prix.

Mais une autre question peut surgir à propos de ces mêmes objets : si l'ennemi ne peut pas les sacrifier, ne pourra-t-il pas du moins les enlever, les confisquer à son profit et en enrichir les collections de son pays ? Au premier abord, rien ne semble s'y opposer; car enfin, ces biens ne seront pas perdus pour la science, ils seront seulement déplacés du local auquel ils avaient

(1) Vattel, *op. cit.*, § 168. — Guelle, *op. cit.*, p. 131.

été affectés par le précédent propriétaire et transportés dans un autre local ; cette fois, il est vrai, à l'étranger. Mais étant admis que l'accès des établissements de ce genre est ouvert à tous, la science en définitive n'aurait pas à se plaindre, puisqu'on lui a conservé ses richesses et qu'elle pourra encore les admirer dans leur nouvelle patrie. Mais ces considérations ne seraient pas justes, car elles tendraient à détruire, si elles étaient admises, ce principe qui doit trouver ici son application : à savoir que les choses pouvant servir à la guerre sont seules susceptibles d'être confisquées par l'occupant ; or, évidemment, tel n'est pas le cas pour les musées et bibliothèques et les collections qui y sont contenues. Assurément, on pourrait essayer de soutenir que puisqu'on permet à l'ennemi de saisir les sommes d'argent trouvées dans les caisses publiques et de les employer à son usage par la raison seule que ces sommes d'argent servent à prolonger les hostilités, il ne semble pas y avoir de raisons suffisantes d'empêcher l'ennemi de mettre aussi la main sur les objets mobiliers garnissant les locaux publics ; et, en effet, s'il est vrai de dire que ces objets ne servent pas à faire la guerre, il faut bien admettre qu'ils peuvent tout aussi bien que les sommes d'argent revenant à l'Etat et existant dans certains dépôts, être affectés indirectement à payer l'entretien des troupes et les frais de la guerre ; car, il est incontestable qu'ils ont une certaine valeur en échange, et qu'ils pourraient être facilement transformés en argent : d'où une ressource considérable pour l'Etat. Mais c'est une mesure à laquelle un gouvernement ne se résoudrait qu'à la dernière extrémité, car son intérêt lui commanderait d'avoir plutôt recours à un autre moyen pour se procurer de l'argent. Les guerres ne sont plus un état normal de la société : elles sont heureusement de plus en plus rares, et quand elles éclatent, elles sont généralement de courte durée : les dépositaires du pouvoir législatif en présence d'une situation critique de cette espèce ne marchanderaient pas

les crédits, et préféreraient demander à un emprunt ou à une augmentation de taxe sur certains objets, les fonds qui leur sont indispensables, plutôt que de se dessaisir à jamais des chefs-d'œuvre des musées, attestation la plus vivante de leurs gloires nationales. D'ailleurs, quelles ressources peut-on espérer se créer en battant monnaie avec de pareils objets? N'est-ce pas un fait reconnu, que lorsqu'on est obligé de vendre, on vend en général à des conditions désavantageuses.

Quoiqu'il en soit, et c'est là un des points les moins débattus de la matière, on admet le respect absolu des monuments publics, des produits de la littérature et des beaux-arts, et on s'abstient de les détourner et de les enlever. C'était déjà, nous l'avons vu, l'opinion de Vattel, et après lui, de Martens (1), Klüber (2), Heffter (3), et enfin Bluntschli (4) tiennent le même langage. Naturellement, la question ne devait pas rester sans discussion dans les congrès qui, dans ces derniers temps, ont été tenus tour à tour par des membres délégués des diverses puissances de l'Europe. C'est ainsi que la conférence de Bruxelles a consacré le même principe dans son § 8, reproduit à peu près textuellement dans les articles 34 et 53 des « Lois de la guerre sur terre ». C'est donc à la fois la destruction et le détournement de ces objets qui sont interdits.

Telle est la théorie : voyons maintenant comment ces principes ont été suivis dans la pratique.

Pour nous en tenir exclusivement aux temps modernes, nous sommes obligé de reconnaitre que la France elle-même, dans les questions qui nous occupent, n'a pas toujours suivi une conduite à l'abri de tout reproche : la campagne d'Italie sous le Directoire

(1) § 280.
(2) § 253.
(3) § 130.
(4) § 650.

est là pour rappeler au respect de la vérité l'historien ou le jurisconsulte susceptible de partialité. Nos armées ne se firent pas faute de toutes sortes de violences sur les chefs-d'œuvre qui ornaient les monuments publics de ce pays essentiellement artiste et savant. Dans leur fureur et leur aveuglement, les soldats brisaient tout ce qu'ils trouvaient sur leur passage, et les objets qui échappaient à la destruction étaient recueillis avec soin et transportés dans notre capitale, où ils venaient s'ajouter à nos collections artistiques : c'est ainsi qu'un grand nombre de tableaux des meilleurs maitres italiens furent enlevés à Rome et transférés dans le musée de Paris (1). C'était évidemment la violation la plus flagrante de toutes les règles du droit international, et ce qui est fait surtout pour nous attrister, c'est de voir les chefs eux-mêmes encourager de semblables actes, en les présentant à leurs soldats sous les dehors flatteurs d'un fait d'armes qui devait les couvrir de gloire (2).

Quel devait être le résultat d'un oubli si formel de tous les devoirs internationaux? Il se devine sans peine : nous attirions sur nous de justes représailles, et nous devions bientôt nous voir enlever les riches dépouilles que nous avions ravies à leurs pro-

(1) P.-L. Courrier qui suivait la campagne d'Italie en qualité d'officier de l'armée française, a noté, dans son style incomparable, l'impression de tristesse que laissait dans son esprit de savant et d'artiste la vue des scènes de désordre auxquelles il assistait, et qu'il eût été impuissant à réprimer. « Dites à ceux qui veulent voir Rome qu'ils se hâtent ; car, chaque jour, le fer du soldat et la serre des agents français flétrissent ses beautés naturelles et la dépouillent de sa parure. Des soldats qui sont entrés dans la Bibliothèque du Vatican ont détruit, entre autres raretés, le fameux Térence du Bembo, manuscrit des plus estimés, pour avoir quelques dorures dont il était orné. Vénus de la villa Borghèse a été blessée à la main par quelques descendants de Diomède, et l'Hermaphrodite (*immane nefas*) a un pied brisé ». 1re lettre à M. Chlewaski, datée de Rome 8 janvier 1799.

(2) « Vous avez enrichi le Muséum de Paris de plus de 300 objets, chefs-d'œuvre de l'ancienne et nouvelle Italie, et qu'il a fallu trois siècles pour produire ». Proclamation de Bonaparte à l'armée d'Italie du 10 mars 1797.

priétaires. Après avoir marché longtemps de succès en succès, nos armées devaient par la suite inévitable des choses connaître à leur tour les revers des batailles, pour finir enfin au désastre de Waterloo. Après avoir dicté des conditions, le jour était venu pour nous de subir celles que le vainqueur voudrait bien nous imposer ; et ces conditions furent dures : il fallut cependant les accepter et plier devant la force. Les commissaires français rédigèrent un projet de convention militaire dont l'article 11 stipulait expressément le respect des propriétés publiques, et une mention expresse plaçait le musée dans cette catégorie. Mais Blücher exigea que la rédaction de cet article fût modifiée, et que le mot « musée » en fut biffé. Il voulut en outre qu'on ajoutât après les mots « propriétés publiques », ces mots qui cachaient un piège « à l'exception de celles qui ont rapport à la guerre. »

C'est en se basant sur les termes de cette convention signée à Saint-Cloud le 3 juillet 1815, que les alliés devaient quelques jours plus tard élever contre nous les prétentions les plus exagérées; prétentions qui d'ailleurs furent écoutées, car toute résistance de notre part eût été impossible. En exceptant les musées du nombre des propriétés publiques, Blücher avait une arrière-pensée qu'il fit bientôt connaître. Il fit enlever des galeries du Musée tous les tableaux d'origine prussienne, ainsi que ceux provenant des départements français de la rive gauche du Rhin qui avaient été cédés à la Prusse par les traités de Vienne et de Paris. Là ne s'arrêtèrent pas les revendications du vainqueur. Wellington fut chargé par le roi des Pays-Bas de réclamer les tableaux qui avaient été rapportés de Belgique par nos armées, et après de longs pourparlers, M. de Talleyrand fit connaître à Wellington qu'il eût à agir comme il l'entendrait. Sur la résistance de M. Denon, conservateur du musée du Louvre, Wellington les fit enlever militairement des galeries du musée. Ce fut une revendication générale de la part de toutes les puissances avec les-

quelles nous avions naguère été en lutte, et l'Italie qui n'avait pas été la mieux traitée durant ces longues guerres, rentra aussi en possession de ses chefs-d'œuvre (1).

Lorsqu'ils stipulaient le respect des propriétés publiques « à l'exception de celles qui avaient rapport à la guerre », les plénipotentiaires alliés nous ménageaient sous ces expressions trompeuses, de nouvelles surprises bien faites pour donner peu de crédit à la langue diplomatique. Nos commissaires, sans défiance, ne pouvaient voir dans cette manière de parler que les conséquences ordinaires d'une capitulation, et il leur paraissait tout naturel que les objets qui avaient rapport à la guerre, c'est-à-dire l'artillerie, les armes et les munitions, devinssent la propriété du vainqueur : aussi, de leur part, n'y eût-il pas l'ombre d'une objection. Mais les événements se chargeaient de leur apprendre bientôt que sous ce langage qui n'avait rien que d'habituel, se masquaient de coupables intentions. Blücher n'en voulait pas seulement à notre matériel de guerre : l'aveu en est fait dans un écrit de l'un des signataires de la convention (2). Le baron de Müffling déclare que « les expressions avaient été choisies avec « soin parce que l'on voulait laisser aux souverains la liberté de « détruire s'ils le jugeaient convenable les monuments élevés en « mémoire des guerres passées. » Blücher fit miner le pont d'Iéna dont deux piles furent disloquées par l'explosion ; le pont d'Austerlitz et la colonne Vendôme ne durent leur salut qu'à l'intervention de Wellington, qui essaya de montrer à son collègue que la destruction des monuments qu'il se proposait d'accomplir

(1) Voir au sujet de toutes ces questions de restitution : De Martens, *Recueil des Traités*, t. II, p. 607-625 ; A. de Vaulabelle, *Histoire des deux Restaurations*, t. III, p. 311 et s., 6e éd. ; A. Thiers, *Histoire du Consulat et de l'Empire*, t. XX, p. 494 et s.

(2) *Campagne des armées anglo-batave et prussienne en 1815*, par le général-major baron Müffling, cité par M. de Vaulabelle, p. 309.

n'avait pas une importance purement militaire, mais aussi une importance politique. Ses remontrances n'auraient pas suffi pour arrêter Blücher; mais fort heureusement les souverains alliés arrivaient à Paris sur ces entrefaites, et Alexandre, sur les sollicitations de Louis XVIII, intervenait auprès du roi de Prusse.

Nous le voyons, les monuments publics eux-mêmes n'ont pas trouvé grâce devant la fureur des conquérants; en ce qui concerne la dévastation des galeries du Louvre, c'est connaitre bien mal la valeur des mots que de chercher à cacher de pareils actes sous les dehors d'une revendication. La revendication suppose un droit de propriété qu'on veut faire reconnaitre. Or, il faut bien admettre que si les premiers nous avions commis la faute grossière de dépouiller nos vaincus de leurs richesses artistiques, ces spoliations avaient été en définitive sanctionnées et pour ainsi dire effacées par les traités. D'ailleurs, grand nombre des objets qui étaient venus orner nos musées avaient été régulièrement acquis et payés en argent; et, d'un autre côté, personne n'ignore que les revendications des alliés s'étendirent bien au delà des objets qui leur avaient jadis appartenu. La première faute venait de nous, soit; mais, en réalité, nous la payions trop cher. Seulement, c'est en général le propre des représailles de ne pas s'exercer dans la limite exacte du préjudice qui leur a donné naissance. Quoiqu'il en soit, on ne saurait peut-être se plaindre de ce que les alliés n'ont pas voulu « perdre cette occasion de donner au peuple de France une grande leçon de morale » (1), et M. Bluntschli est-il peut-être dans le vrai quand il dit (§ 650, rem. 1) qu'il faut néanmoins considérer comme un progrès humanitaire la décision peut-être égoïste prise en 1815 par les alliés, de forcer le gouvernement français à restituer ces chefs-d'œuvre aux divers pays qui les avaient produits.

(1) Ce sont les termes mêmes de la dépêche du duc de Wellington au vicomte de Castlereagh. De Martens, *loco cit.*

Dans la dernière guerre, il faut rendre cette justice aux Allemands (et nous sommes heureux de nous trouver sur ce point en communion d'idées avec un écrivain dont l'ouvrage, paru au lendemain de nos défaites, a peut-être été écrit *ab irato*), il faut, disons-nous, rendre cette justice à nos vainqueurs, qu'ils ne se sont pas trop écartés des sains principes du droit international en ce qui concerne le respect dû aux collections artistiques et scientifiques. Peu de détournements et d'actes de destruction ont été relevés à leur charge, et nos musées n'ont pas eu à souffrir du pillage. S'il faut en croire M. Bluntschli, les troupes allemandes auraient même poussé le respect jusqu'à changer de local les riches collections de la manufacture de Sèvres et du château de Saint-Cloud, pour les dérober aux dangers que leur faisait courir le tir de notre propre artillerie. Si, en agissant ainsi, leur intention était telle, nous sommes les premiers à nous associer à ces marques de satisfaction. On peut regretter seulement qu'ils n'aient pas pris les mêmes précautions contre leur artillerie, qui, nous l'avons déjà constaté, a causé des dommages énormes à nos édifices publics.

Enfin, et tout en constatant que des progrès sensibles ont été faits sur ce point, on ne peut se dissimuler que ceux qui restent à réaliser sont encore considérables. Une habitude invétérée de traiter comme des choses ayant rapport à la guerre certaines fractions de la propriété publique qui n'ont rien de commun avec ce qui sert à la défense du territoire, tel est le mal à combattre : à ce mal, n'y a-t-il pas de remède ?

Il est sans doute nécessaire avant tout d'apprendre au soldat la partie technique du service qu'il doit à son pays ; il est essentiel de former son corps et de le rompre à la fatigue, mais il nous semble qu'il y a tout un côté de l'éducation militaire qui est laissée complètement dans l'ombre. On apprend au soldat à se battre, on lui en fournit les moyens, mais on ne l'instruit pas

suffisamment sur la nature et l'étendue de ses devoirs envers l'ennemi ; on ne lui enseigne pas, avec toute la précision désirable, les limites exactes où s'arrêtent ses droits de belligérant. Il sait ce qu'il a à faire en campagne pour se protéger contre les surprises et les embuscades, mais bien peu de militaires seraient capables de dire s'il existe pour une armée des règles de conduite en pays ennemi. Quoi d'étonnant, dès lors, de voir des hommes continuellement aux prises avec la mort, aveuglés par la colère, se venger d'une manière absurde sur tous les objets qui leur tombent sous la main, par l'unique motif que ces objets sont la propriété de l'ennemi auquel ils sont naturellement conduits à rapporter tous leurs maux? Comment les blâmer de ce qu'ils n'observent pas des principes dont souvent ils ne soupçonnent même pas l'existence, et qu'il eût été si simple de leur faire connaître (1)?

Un autre élément qui ne doit pas moins contribuer à amener des progrès dans cette partie du droit des gens, c'est le développement de l'instruction parmi les masses peu aisées au sein desquelles se recrute la majeure partie de l'armée. Lorsque le soldat sera pénétré de la valeur des chefs-d'œuvre qu'on lui a appris à admirer et qui ont contribué à cultiver son esprit, il ne voudra pas de gaité de cœur les vouer à la destruction sans profit pour personne; le jour où il ne pourra plus invoquer son ignorance pour excuse, le jour où les mots cruels que l'immortel poète met dans la bouche du misérable irresponsable de son crime, et qu'il

(1) La conférence de Bruxelles a émis le vœu de voir ses déclarations enseignées à toutes les armées de l'Europe (Protocole n° IV des séances plénières). En France, un décret du 18 décembre 1883, rendu sur l'initiative du général Campenon, alors ministre de la guerre, a prescrit pour l'Ecole supérieure de guerre, des conférences sur le droit des gens. Cet enseignement, qui jusqu'à ce jour avait été singulièrement négligé chez nous, n'est donc encore donné qu'aux officiers; la grande masse de l'armée en demeure encore privée.

lance à la face de la société, auront perdu de leur justesse (1), on peut espérer que les scènes regrettables que nous avons relevées dans ces lignes seront bien près de disparaître à jamais, surtout si les remèdes sur lesquels nous fondons nos espérances sont eux-mêmes appuyés sur une solide discipline.

(1) Et tu détruis cela, toi !
— Je ne sais pas lire.
(V. Hugo. L'*Année terrible*. Juin, VIII.)

DEUXIÈME PARTIE

DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE ET DES DROITS DE L'OCCUPANT SUR CETTE PROPRIÉTÉ

CHAPITRE I

PRINCIPE DE L'INVIOLABILITÉ ET DU RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

Ici, le principe que nous avons posé pour les propriétés publiques se trouve renversé : l'immunité est la règle. Ce n'est qu'exceptionnellement que la propriété privée est exposée aux atteintes de l'ennemi.

Les motifs pour en décider ainsi se déduisent sans peine de l'idée qu'on se fait aujourd'hui de la guerre et du but de la guerre. La guerre, nous l'avons déjà dit, n'est pas une relation de particulier à particulier, mais d'Etat à Etat. Sans doute, en prenant les armes pour sa propre défense, l'Etat sauvegarde en même temps les droits de ses ressortissants, et même, la plupart du temps, c'est à l'occasion d'une question d'intérêts privés que la lutte éclate entre deux Etats. Mais, en agissant ainsi, l'Etat qui relève l'insulte ne fait que prendre en mains la défense de son honneur outragé et de ses droits méconnus, en qualité de dépositaire de la force armée. Dans toute société, et pour le bon fonctionnement des services publics, il a fallu désigner un pouvoir chargé des relations extérieures et du redressement des griefs ; ce soin ne

pouvait être laissé à l'initiative de chaque particulier sous peine de tomber dans la plus profonde anarchie. Au moment donc où éclate une guerre, l'Etat qui prend l'offensive trouve en face de lui l'Etat dont-il veut demander réparation par les armes; et ce sont ces deux forces en présence qui sont réellement des ennemis dans toute l'acception du mot. Quant aux citoyens paisibles qui composent ces deux Etats, ils ne sont pas des ennemis à proprement parler ; il n'y a d'ennemis que les deux forces chargées de vider le différend, et les soldats qui les composent reçoivent le nom d'ennemis, parce qu'ils sont de part et d'autre les instruments qui vont soutenir la lutte et faire triompher l'un des deux partis en présence. « Les particuliers, comme hommes, dit M. « Bluntschli (1), ne sont pas directement intéressés dans la lutte, « ils ne sont pas parties belligérantes, et par conséquent ne sont « pas ennemis dans le sens vrai et complet du mot ». C'est là le point que mettait en lumière le tribun Portalis à l'ouverture du conseil des prises (an VIII), lorsqu'il disait : « Entre deux ou « plusieurs nations belligérantes, les particuliers dont ces nations « se composent ne sont ennemis que par accident ; ils ne le sont « point comme hommes, ils ne le sont pas même comme citoyens, « ils le sont uniquement comme soldats » (2).

Si les nationaux des deux Etats ne sont ennemis que comme soldats, ils ne le sont que tant qu'ils sont soldats et

(1) *Op. cit.* § 531, note 1.

(2) Cité par Bluntschli, *loc. cit.* Voltaire exprimait la même idée dans son langage plein de sarcasme et d'ironie quand il disait : « Nos peuples ne font plus la guerre : des rois, des évêques, des électeurs, des sénateurs, des bourgmestres ont un certain terrain à défendre. Des hommes qui sont leur troupeau paissent dans ce terrain. Les maîtres ont pour eux la laine, le lait, la peau et les cornes avec quoi ils entretiennent des chiens armés d'un collier pour garder le pré et prendre celui du voisin dans l'occasion. Ces chiens se battent, mais les moutons, les bœufs, les ânes ne se battent pas; ils attendent patiemment la décision qui leur apprendra à quel maître leur lait, leur laine, leurs cornes, leur peau appartiendront ». (Satire sur « La tactique » note de l'auteur.)

parce qu'ils concourent à la défense de leur pays. Ce n'est qu'en leur qualité de belligérants qu'on peut les traiter comme tels, et il n'entre pas dans l'objet de notre étude de rechercher les règles de conduite d'une armée ennemie à l'égard des combattants, et de déterminer les personnes qu'il faut englober sous cette expression de « belligérants ». La qualité seule de combattants peut placer ceux qui en sont investis dans une situation exceptionnelle; et si, à cette qualité, d'autres viennent s'ajouter, celles-ci ne peuvent leur nuire en aucune façon. Comme soldat l'étranger sera un ennemi, mais comme propriétaire, comme créancier, il devra être rangé au nombre des citoyens paisibles et dont la situation ne saurait en rien être modifiée par les évènements ultérieurs. S'il en est ainsi, pour le combattant qui est en même temps propriétaire, à plus forte raison doit-il en être de même pour les citoyens inoffensifs qui assistent à la lutte sans y y être mêlés.

Des considérations de même ordre peuvent encore se déduire du but de la guerre. A notre époque, le but poursuivi est de mener les opérations avec toute la vigueur possible pour qu'elles ne se prolongent pas. Le seul moyen, c'est de priver l'adversaire de ses ressources de guerre pour l'amener plus vite au but proposé, c'est-à-dire à demander la paix. Or l'Etat dont, par hypothèse, certaines parties du territoire sont occupées, n'a rien à attendre pour lui fournir les moyens de prolonger la résistance, des ressources qu'en temps ordinaire il eût été en droit de tirer des provinces aujourd'hui envahies. Son autorité ne peut passer par dessus celle de l'occupant pour venir frapper les nationaux dont le sort ne sera définitivement fixé qu'à la paix; du reste, ce qu'il eût pu demander à ses sujets avant l'occupation, l'occupant peut aujourd'hui le demander à sa place (impôts, contributions). On ne comprendrait pas chez l'occupant le droit de s'arroger des prérogatives plus grandes que ne pouvait le faire le souverain

lui-même. Mais, pourrait-on dire, puisque l'Etat envahi doit désormais compter sans ses anciens nationaux pour soutenir la lutte, qu'importe que l'envahisseur saisisse et séquestre les propriétés privées de l'adversaire. De tels actes, outre qu'ils soulèveraient la réprobation universelle, ne feraient pas avancer d'un instant l'heure de la paix, et ne pourraient que compliquer et ralentir les opérations militaires. Telles sont les raisons sur lesquelles peut s'appuyer, nous semble-t-il, le principe du respect de la propriété privée. Entrons maintenant dans les détails, pour arriver de là aux exceptions qui la tempèrent.

A. — Droits sur les Immeubles (1).

En ce qui concerne les immeubles, on admet aujourd'hui le principe de l'inviolabilité. Ils doivent demeurer entre les mains

(1) Nous ne nous occupons dans notre étude que des biens des particuliers situés dans le territoire envahi. La même question se pose pour les biens que les ressortissants du pays occupé peuvent posséder dans le territoire même de l'occupant. L'idée de la souveraineté de chaque Etat n'est pas en effet incompatible avec l'idée de biens se trouvant dans les frontières de cet Etat entre les mains d'étrangers. La guerre pourra-t-elle affecter ces propriétés ? Vont-elles subir le contre-coup des hostilités ? Nous indiquerons rapidement les phases successives par lesquelles a passé en cette matière la coutume internationale.

Au moyen âge et jusqu'au 17e siècle, le droit de confiscation semble avoir été la règle, et si quelquefois, au moment où éclatait la guerre, on donnait aux nationaux ennemis le temps de sortir du pays avec leurs biens, il ne faut voir là qu'une simple tolérance laissée à l'appréciation du souverain adverse, et qui ne fut jamais élevée à la hauteur d'un principe. La confiscation s'appliquait aussi bien aux immeubles qu'aux autres biens. Ce n'est qu'à la fin du 17e siècle qu'on cesse de s'approprier les terres; les revenus seuls en sont séquestrés pendant la durée de la guerre. Ces pratiques sont attestées par les traités de 1813 où on stipule la restitution des objets confisqués dans la guerre précédente (Dumont, 8. I. 365, 367, 419). Au 18e siècle, des pratiques mieux en harmonie avec le siècle tendent à s'affirmer de plus en plus; les immeubles ne sont plus confisqués mais les revenus sont encore saisis. Quant à la propriété mobilière, elle est toujours impitoyablement saisie. Aussi, cherche-t-on de toutes les façons à se prémunir contre cet état de choses et trouvons-nous de nombreux traités de commerce qui interviennent alors et dans lesquels on stipule qu'un temps variant de six mois à un an serait accordé pour l'enlèvement

des citoyens paisibles qui les détiennent ; ils doivent être respec-

de la propriété marchande à l'ouverture des hostilités. Mais ces traités ne sont relatifs qu'à la propriété commerciale et sont muets sur les autres espèces de propriété (V. de Martens, *Recueil des Traités*, t. IV, p. 156 et et 684 : le premier conclu en 1786 entre l'Angleterre et la France, le deuxième en 1795 entre l'Angleterre et les Etats-Unis). Les sujets de ces Etats respectifs étaient autorisés à continuer leurs opérations commerciales pendant la durée de la guerre, à moins que leur attitude n'éveillât des soupçons, auquel cas il leur était accordé douze mois pour arranger leurs affaires. « Dans aucun cas, lisons-nous dans le traité entre l'Angleterre et les Etats-Unis, ne pourront être séquestrées les dettes contractées par un particulier de l'une des nations envers des particuliers de l'autre nation, ni les parts d'actions qu'elles pourraient avoir dans les fonds publics ou dans les banques publiques ou privées ».

Une autre convention intervenue en 1800 entre la France et les Etats-Unis (de Martens, *Recueil*, VII, 100) proscrit toute séquestration et confiscation. E. Wall, à qui nous empruntons ces détails (*International Law* § 372, note a), nous donne une liste fort longue de conventions conclues dans ce sens, et il nous fait remarquer que dans tous ces traités, au moins un des contractants appartient aux Etats du sud de l'Amérique (Chili, Colombie, Pérou); il explique ce fait en disant que si nous ne trouvons pas de semblables traités entre les pays de l'Europe et entre ceux-ci et les Etats-Unis, c'est qu'il y a longtemps que les faits contre lesquels les parties contractantes ont voulu se prémunir ne sont pas à craindre entre des puissances qui marchent à la tête de la civilisation.

Il résulte des explications que nous venons de fournir que la règle généralement admise jusque dans ces derniers temps, c'est que la saisie et la confiscation de la propriété privée. dans l'hypothèse où nous nous trouvons, sont légitimes et à l'abri de toute contestation. Si peu à peu l'usage contraire s'est introduit, en procédant ainsi, les peuples chez lesquels ces nouvelles idées ont gagné du crédit, ont obéi peut-être à un sentiment d'intérêt privé, et n'ont pas voulu exposer leurs nationaux à des rétorsions qui n'auraient point manqué de s'exercer. Il nous semble qu'un examen sérieux de la question aurait dû faire plutôt prédominer le principe contraire et faire appliquer la règle de l'inviolabilité de la propriété privée en quelque endroit qu'elle soit située, la guerre étant considérée de nos jours comme une lutte entre deux Etats et non entre les individus composant ces deux Etats. Quoiqu'il en soit, les guerres les plus récentes qui ont troublé la paix de l'Europe ne nous offrent plus d'exemples des anciennes pratiques, et nous croyons pouvoir conclure avec M. Hall en disant « que les intérêts communs des nations, aussi bien que les idées actuelles, nous font espérer avec confiance que ce droit mourant ne sera plus remis en pratique, et qu'il sera bientôt tombé dans une désuétude complète ».

tés, et le ravage n'en est point permis, sauf dans les cas exceptionnels que nous avons fait connaitre plus haut. Leurs propriétaires ne peuvent être inquiétés en aucune façon; les revenus ne peuvent en être saisis sous aucun prétexte; l'occupant doit même s'efforcer d'encourager les travaux des champs et donner aide et protection à ceux qui en sont détenteurs; il doit rechercher tous les moyens de rendre moins lourds, pour ces malheureux propriétaires, la longue série des maux inséparables de la guerre; il serait, d'ailleurs, le premier à souffrir d'un arrêt dans la production, car il ne pourrait qu'à grand'peine lever les contributions dans lesquelles il devra puiser les ressources pour son armée. Cette manière de voir n'a pas prévalu à toutes les époques, et quoique peu explicite sur la question, Grotius (L. III, ch. VI) semble laisser à entendre que la propriété privée, aussi bien que la propriété publique, passait aux mains de l'occupant. Il est vrai que cet auteur écrit à l'époque où l'on confond encore l'occupation et la conquête définitive, mais cela ne peut changer en rien la solution, car, soit qu'il s'agisse d'occupation, soit qu'il s'agisse d'annexion, il nous semble impossible de faire table rase du droit de propriété appartenant aux particuliers sur les biens qu'ils possédaient avant la guerre. Ces nationaux changeront de maitre, soit, et c'est là un des effets de la conquête; mais il est inadmissible que leurs propriétés viennent grossir le domaine public du nouveau souverain. Avant comme après, il faut que les biens composant les propriétés privées se retrouvent entre les mains de leurs premiers propriétaires. Admettre une autre solution, ce serait reconnaitre le droit de spoliation et de confiscation.

« Le territoire pris sur l'ennemi, dit Grotius, est adjugé au trésor public »; c'est l'*ager publicus* de l'ancienne Rome. Les termes employés par l'éminent publiciste nous paraissent assez larges pour qu'il y ait fait entrer à la fois et les parties du terri-

toire appartenant à l'État ennemi, et celles constituant la richesse privée.

Le neufchâtelois Emmerich de Vattel (1) nous montre que vers le milieu du 18e siècle, de nouvelles idées se sont fait jour, et il écrit ces lignes qui ne seraient pas déplacées sous la plume d'un écrivain de notre siècle. « Un souverain fait la guerre à un autre « souverain, et non à un peuple désarmé ; le vainqueur s'empare « des biens de l'Etat, des biens publics, et les particuliers con- « servent les leurs. Ils ne souffrent de la guerre qu'indirectement, « et la conquête les fait seulement changer de maîtres ».

Après lui, de Martens (2) enseigne qu'en se rendant maître d'une province ennemie, l'envahisseur pourrait à la rigueur s'attribuer autant de biens privés, soit du monarque ennemi, soit de ses sujets, que sa satisfaction l'exigerait, mais il ajoute que depuis longtemps, il est admis sur le continent de conserver aux sujets ennemis la propriété de leurs biens fonds. Depuis, ces idées ont fait de grands progrès ; elles sont enseignées par tous les auteurs qui traitent du droit international public (3). Les mêmes théories devaient être émises dans ces assemblées pacifiques où se trouvaient représentées les diverses puissances de l'Europe, et qui se sentant impuissantes à conjurer à jamais les éventualités possibles de nouvelles guerres, ont du moins travaillé à en adoucir les rigueurs en traçant aux belligérants les limites de leurs droits respectifs. La conférence de Bruxelles a inscrit le principe de l'inviolabilité de la propriété privée dans son paragraphe 51, et le Manuel des lois de la guerre sur terre, publié par l'Institut de droit international réuni à Oxford en 1880, le consacre formellement dans son article 54 précédé de cette remarque qui est un

(1) *Droit des Gens*, L. III, c. 9 § 200.

(2) *Précis du Droit des Gens*, § 280, III.

(3) Calvo, t. II. §. — Neumann, *op. cit.*, § 47. — Dudley-Field, règle 846. — Bluntschli, § 652.

a fortiori en faveur de la propriété privée, à savoir que si « les « pouvoirs de l'occupant sont limités à l'égard des propriétés de « l'Etat ennemi, à plus forte raison le sont-ils quant aux biens « des particuliers ». Telles sont les pratiques admises en ce qui concerne les immeubles de l'ennemi. Voyons maintenant comment sont traités les meubles (1).

B. — Droits sur les meubles.

Les mêmes principes régissent les biens mobiliers. Donc encore ici, respect absolu de la propriété privée, sauf cependant les exceptions que nous aurons à étudier dans le chapitre suivant : « Des réquisitions et contributions ».

L'appropriation de la richesse mobilière des particuliers, de quelque nom qu'on l'appelle, qu'elle soit désignée sous les expressions de butin, de pillage ou de confiscation, a été pendant de longs siècles la coutume universellement suivie par les armées d'occupation, et cette pratique n'a disparu que lentement pour faire place à des idées mieux en harmonie avec les progrès de la société.

Dans le droit romain, c'est la *præda bellica* consacrée en termes formels par les textes des jurisconsultes de l'époque classique. C'était même le mode d'acquérir par excellence, à l'abri de toute critique, pourvu qu'il remplit les conditions strictement déterminées par les usages de la guerre. C'était un des modes d'acquérir du droit des gens, originaire, puisqu'il portait sur des *res nullius*. Gaïus, dans son comment. IV, § 16, nous enseigne qu'il n'y avait pas pour les anciens Romains de propriété plus légitime que celle qui reposait sur la conquête : « *maxime sua esse credebant quæ ex hostibus cepissent* », et les choses ainsi enlevées passaient immédiatement dans la propriété de ceux qui s'en emparaient : « *jure gentium statim capientium fiunt* ». Quant

(1) Cf. Guelle, *op. cit.*, p. 148 et s.

à déterminer ensuite à qui devaient appartenir ces objets pris à la guerre, c'était là une question secondaire et qui était réglée par la législation de chaque pays. Suivant certaines distinctions, elles appartenaient, tantôt au capteur lui-même, tantôt au contraire, celui-ci était tenu de les verser à une masse commune qui recevait ensuite telle affectation que le comportaient les règlements militaires.

Cette théorie, qui était empruntée à Aristote et à Platon, est encore suivie par Grotius (L. III, c. VI), qui ne lui fait subir aucune transformation. Donc, au moment où parait son ouvrage *De jure belli ac pacis*, on peut dire que depuis Rome des progrès presque nuls ont été réalisés en notre matière. C'est à Vattel qu'était réservé l'honneur de formuler à ce sujet des règles nettes et précises, et qui mettaient à l'abri de toute atteinte la propriété mobilière du vaincu. La formule qu'il emploie est générale : « Le « vainqueur (dit-il, dans le § 200), s'empare des biens de l'Etat, « des biens publics, et les particuliers conservent les leurs ». A partir de ce moment, l'idée si hautement affirmée par cet éminent publiciste passe dans les écrits de tous les auteurs. De Martens (§ 280) tient le même langage; Klüber (§ 254) se rallie à cette opinion; M. Bluntschli, dans sa règle 652, consacre en termes formels le respect de la propriété privée, et la peine qu'il prend dans la rem. 2 placée sous ce paragraphe, d'essayer de disculper ses nationaux de certaines accusations pour atteintes portées par eux à cette même propriété dans la dernière guerre, prouve suffisamment que pour lui le principe à suivre est celui de l'inviolabilité la plus absolue. Ces principes sont aussi inscrits dans les actes de la Conférence de Bruxelles, art. 38 : « La propriété privée ne peut pas être confisquée », et dans les lois de la guerre sur terre, art. 54.

Après avoir énoncé les principes, passons à leur application et demandons-nous si, dans la pratique, ils ont été scrupuleusement

observés. Ici encore, nous nous trouverons en présence de faits capables de donner le démenti le plus formel aux généreuses aspirations des publicistes, et de nous faire douter de voir jamais le droit des gens parvenir dans son application au degré d'humanité qu'on serait en droit d'attendre de peuples civilisés. Les résultats atteints sont de nature à faire naître la réflexion chez les esprits même les plus imbus de désirs d'aventures et de conquêtes.

Dans la dernière guerre, nos ennemis ne se sont pas fait faute de s'écarter constamment des règles dictées par le droit international. Ils ont trouvé plus simple, étant donné leur supériorité de forces et leur situation toujours favorable de vainqueurs, de se forger de toutes pièces une ligne de conduite que leur dictaient plutôt l'intérêt de leur bien-être et leur esprit de rapacité, qu'une saine application des usages internationaux admis jusqu'alors.

D'abord, ce sont les caves des riches provinces envahies qui ont été livrées au pillage le plus éhonté. Les vins de Champagne et de Bourgogne ont été gaspillés par les troupes qui, non contentes d'en prendre dans la mesure de leurs besoins, les répandaient à profusion dans des orgies épouvantables. De plus, comme la plus grande partie des troupes devait continuer à avancer dans l'intérieur du territoire et que leur arrêt n'était que momentané, il était de règle de détruire ce qu'on ne pouvait consommer sur place, plutôt que de laisser aux propriétaires déjà suffisamment éprouvés par des pertes aussi sensibles, les restes des soldats repus.

Une autre pratique, élevée par les Allemands à la hauteur d'un principe, et qui atteignit chez eux les proportions d'une véritable maladie, ce fut le goût tout spécial qu'ils affectaient pour les produits de l'industrie française : pour les pendules et les pianos. Ces mélomanes, dans leur amour outré de l'harmonie, songeaient,

au milieu des duretés de la campagne, à se composer à peu de frais des intérieurs confortables, pour le jour où les loisirs de la paix les retiendraient dans leurs foyers; et, dans le cas où les ameublements ainsi enlevés seraient trop encombrants ou cesseraient de leur plaire, ils songeaient à en battre monnaie à de bonnes conditions, se faisant une réclame cynique de ce que ces objets provenaient de nos dépouilles (1).

Les auteurs allemands ont cherché à laver leurs nationaux des accusations malveillantes lancées contre eux, et M. Bluntschli, qui prend ce soin, ne trouve que des arguments misérables : « Quant aux journaux de Paris, dit-il, qui se sont plu à repré- « senter les soldats allemands comme des voleurs de pendules, « ils oublient qu'aucun soldat n'ajouterait volontiers le poids « d'une pendule de marbre ou de bronze à celui de son havre- « sac ». Assurément, nous le reconnaissons, le poids des effets et munitions réglementaires est déjà plus que suffisant. Peut-être rencontrerait-on quelques exceptions, et ce tour de force pourrait-il être exécuté par quelques hommes, mais le nombre en serait très restreint. Seulement, M. Bluntschli semble oublier que les soldats allemands n'avaient pas à souffrir longtemps sur leurs épaules du poids des objets enlevés; les voitures régimentaires recevaient ces précieux fardeaux, puis, à leur tour, les attelages de l'armée les versaient dans les convois de chemins de fer, parfaitement emballés, étiquetés avec le plus grand soin, pour que chaque nouveau propriétaire pût reconnaître son bien lors du déballage sur le sol allemand. Voilà ce que M. Bluntschli veut ignorer, et voilà pourquoi les raisons qu'il fait valoir sont plus spécieuses que réelles.

Nous sommes donc ici en présence du vol et du pillage froidement érigés en système et encouragés par ceux-là même qui

(1) Morin, *op. cit.*, t. II, p. 462 à la note.

auraient dû faire tous leurs efforts pour les réfréner; ils en ont été les complices en fournissant à leurs nationaux les moyens de commettre toute une série d'infractions réprouvées par le droit des gens.

De plus, M. Bluntschli semble invoquer en faveur de ses compatriotes des circonstances atténuantes tirées de ce que un grand nombre de propriétaires affolés avaient fui en abandonnant leurs maisons ! Mais, ne pourrait-on pas retourner son argument et dire que c'est bien plutôt une circonstance aggravante venant grossir les charges écrasantes relevées déjà contre ceux dont il se constitue le défenseur. Autant dire alors, que ces malheureux sont censés avoir délaissé ce qui constitue leur fortune, par cela seul qu'ils sont absents au moment de l'arrivée de l'ennemi; de là à regarder leurs biens comme une *res nullius*, il n'y aurait qu'un pas, et on reviendrait bien vite au système des âges précédents. Nous serions plutôt porté à y voir un abandon de sa fortune privée, fait par le propriétaire fugitif, à la foi publique chargée de la faire respecter après l'avoir elle-même conservée. Comment y voir en effet un délaissement de la part du propriétaire? Le délaissement exige l'intention de ne plus posséder; or, c'est malgré eux qu'au cas de guerre, les propriétaires abandonnent leurs biens, c'est dans la perspective et sous l'influence d'un danger considérable et présent. D'ailleurs, peut-être leur absence est-elle due à d'autres causes indépendantes de leur volonté ; ils sont peut-être eux-mêmes appelés au service du pays, peut-être sont-ils retenus au loin par leurs affaires (1).

(1) V. sur ce sujet un article de M. H. Brocher, *Revue de Gand*, année 1873, p. 341 : « Le principe naturel du droit de la guerre ».

CHAPITRE II

DES EXCEPTIONS AU PRINCIPE DU RESPECT DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

Ces exceptions sont relatives :

1° Aux produits des manufactures ou des manutentions qui servent à l'entretien des troupes et à leur armement, que ces établissements soient exploités par des particuliers ou par des sociétés.

2° Et aux contributions et réquisitions.

A. — Des armes, munitions et subsistances dont la fourniture a été demandée à l'industrie privée.

Il peut se faire que l'Etat, ne trouvant pas dans ses arsenaux et ses manufactures d'armes, le stock nécessaire pour mettre sur le pied de guerre les grandes masses de combattants qu'il va faire entrer en campagne, demande à l'industrie privée, à des sociétés puissantes, les objets que sa production trop restreinte a été impuissante à lui fournir. Le même fait se présente chaque jour pour les vivres nécessaires à la nourriture des troupes ; on y pourvoit en général au moyen de marchés passés par l'intendance militaire avec des particuliers (boulangers, bouchers), qui sont ainsi chargés d'assurer le service des subsistances (1).

Evidemment, soit que l'Etat s'approvisionne dans ses arsenaux, dans des magasins de toute sorte lui appartenant, soit qu'il s'adresse

(1) Notre code pénal, art. 430 et s. édicte des peines très sévères contre ces derniers, quand ils ont fait manquer un service auquel ils étaient astreints.

à des particuliers pour se procurer ce dont il a besoin pour sa défense, le résultat est exactement le même dans les deux cas. Il se crée des moyens de défense, il accumule dans ses mains des objets « de nature à nuire à l'ennemi », il cherche à se renforcer, à augmenter ses chances de succès, en prolongeant la lutte. Dès lors, le rôle de l'adversaire se dessine très nettement. De même qu'il peut saisir les armes et les munitions trouvées dans les magasins de l'Etat, de même doit-il pouvoir saisir et confisquer celles qu'il trouve dans les magasins des particuliers, quand ces armes et ces munitions sont des armes et des munitions de guerre. La considération que les objets dont il s'agit sont propriété privée ne saurait l'emporter sur cette autre considération : qu'on ne peut pousser le respect de ce genre de propriété jusqu'à souffrir que les particuliers fournissent des armes à leur souverain au détriment de l'envahisseur (2).

D'une autre côté, la qualité de propriété privée de ces armes et de ces munitions ne devra-t-elle pas être prise dans une certaine mesure en considération ? Rappelons-nous ce que nous avons décidé pour le matériel des lignes ferrées exploitées par des compagnies; or, n'y a-t-il pas une certaine analogie, de certains rapports, entre ces compagnies et les dépôts d'armes et de munitions de guerre appartenant à des sociétés ou à des particuliers ? Enfin, et pour poser nettement la question, ne devrons-nous pas revendiquer en faveur de ces propriétaires dépossédés, la restitution des objets enlevés, et une indemnité lors de la conclusion de la paix, pour ceux qui ne peuvent être restitués ou qui sont dépréciés, de même que nous l'avons réclamé en faveur des Compagnies de chemins de fer ? La question est importante et mérite d'être examinée.

Les explications des auteurs qui prévoient l'hypothèse qui nous

(2) Le droit de confiscation est écrit dans l'art. 6 de la déclaration de Bruxelles.

occupe ne sont pas de nature à jeter une grande lumière sur la question. L'un est absolument muet sur la possibilité d'une restitution et d'un règlement à intervenir à la paix; il se contente de formuler le principe de la confiscation de la propriété privée quand elle peut servir au but de la guerre (1). Un autre auteur (2) est un peu plus explicite. Etudiant la décision à donner dans le cas où les lignes ferrées appartiennent à des sociétés privées, il dit: « Les associés auront un droit de recours à exercer contre leur propre gouvernement ». Poursuivant son idée, il ajoute: « Ce que nous venons de dire s'applique aussi aux magasins « d'armes y compris même les magasins des particuliers, « aux magasins de subsistances, mais seulement lorsqu'ils « sont destinés exclusivement au but de la guerre, et non « point s'ils servent à nourrir la population paisible ». Voilà donc, en termes non équivoques, un droit de recours formellement consacré au profit des propriétaires, des associés, dépouillés de leurs marchandises: c'est là assurément un point important. Seulement, cet auteur nous semble se tromper sur une question inséparable de la première : tout recours suppose un débiteur contre lequel on puisse le faire valoir. Or, d'après lui, contre qui devront recourir ces propriétaires, ces associés? « Contre leur propre gouvernement », dit M. Neumann. Est-ce bien exact, et l'Etat devra-t-il écouter les prétentions de cet ordre élevées par ses ressortissants? Nous ne le pensons pas. Il répondra simplement qu'il n'est pas responsable des faits de guerre ; que la guerre est un cas de force majeure contre lequel il a été impuissant à se défendre et à défendre ses sujets ; que, d'ailleurs, toute demande en restitution ou en indemnité, pour avoir quelque fondement, doit être dirigée contre ceux qui ont ou qui ont eu entre les mains

(1) Bluntschli, § 645, note 1.
(2) Neumann, *op. cit.*, § 47.

les objets qui donnent naissance à des questions de ce genre. Qui dit restitution, en effet, suppose nécessairement qu'il y a eu d'abord soustraction, enlèvement, prise de possession d'un objet, et quand on parle de dommages-intérêts, il semble que ceux-ci doivent être réclamés des personnes qui ont profité de ces objets, qui s'en sont servi pendant le temps qu'elles les ont détenus. Or, l'Etat, lui, n'a jamais eu en sa possession les effets qu'on lui réclame ; il ne s'en est point servi ; il n'en a tiré aucun usage pour sa défense ; il est donc dans l'impossibilité de faire droit à la demande dirigée contre lui. D'ailleurs, il ne faut pas oublier qu'il s'agit ici au premier chef d'une propriété privée qu'on n'est amené à traiter comme matériel de guerre que parce qu'elle peut fournir des armes au parti adverse, et que toute mesure de rigueur doit cesser lorsque ce matériel aura été mis dans l'impossibilité de nuire à l'occupant. Or, de deux choses l'une : ou l'occupant, après avoir confisqué ces objets, les emploie à son service et les tourne contre ceux qu'ils étaient appelés à protéger, et nous sommes alors en présence d'une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique, en un mot, d'une véritable réquisition, et tout acte de cette nature commande une juste et préalable indemnité payée à celui qui est dépossédé des choses ainsi réquisitionnées ; ou bien, au contraire, l'occupant se contente de mettre hors des atteintes de l'ennemi, et à l'abri de tout retour possible, ce qu'il vient de lui enlever ; ou il détruit ces objets. Dans le premier cas, il est juste de les lui rendre à la conclusion de la paix ; dans le second cas, il a droit à une indemnité ; mais dans l'une quelconque de ces alternatives, c'est à l'occupant que doivent incomber et la restitution et le paiement de l'indemnité.

Quoiqu'il en soit, l'opinion émise par Neumann a cet avantage, c'est de soulever une question de restitution et de règlement possibles. Le principe est posé ; c'est seulement sur son application que peuvent surgir des divergences. Le propriétaire dépos-

sédé devra-t-il recourir contre l'occupant ou contre son propre gouvernement? Nous avons dit quelle était à notre avis la solution la plus rationnelle.

Voyons, en outre, si nous ne pourrons pas tirer quelques éclaircissements des actes de la Conférence de Bruxelles et des documents qui en sont sortis.

L'article 6 du projet soumis à la commission était suivi d'une *Observation* qui mentionnait au même rang que les chemins de fer, « les dépôts d'armes et en général toute espèce de munitions de guerre bien qu'appartenant à des personnes privées ». Ces objets étaient en bloc déclarés sujets à prise de possession par l'armée d'occupation. Dans la séance du 11 août, M. le président Jomini proposa, et la Conférence accepta, des modifications au texte de tout le chapitre I. Dans l'article 6, on ajoutait au matériel de chemins de fer, « les bateaux à vapeur et autres vaisseaux », et l'*Observation* se terminait par ces mots : « Le matériel des chemins de fer et les bateaux à vapeur sont restitués à la paix » (1). Tel était le texte sur lequel devait désormais avoir lieu la discussion dans le sein de la commission. On le voit, la question de restitution visait uniquement le matériel des chemins de fer et les bateaux à vapeur; on était muet sur les objets qui nous intéressent. Voyons quelle est l'idée qui devait se dégager de la discussion générale (2).

C'est d'abord le général Voights-Rhetz, qui par ses explications, laisse à entendre que tous les objets compris dans l'*Observation* placée sous l'article 6 doivent être restitués plus tard à leur propriétaire; il ne fait de réserves que sur l'étendue de cette obligation, qu'il ne faut pas, dit-il, pousser jusqu'à l'excès. En dehors de ces réserves, il déclare qu'il est nécessaire de proclamer le

(1) Protocole IX, annexe XIV.
(2) V. Protocole, n° XI. Séance du 13 août 1874.

principe relatif aux armes et munitions pour que personne n'en ignore.

C'est ensuite M. le baron Jomini qui déclare que c'est à l'avantage des pays occupés qu'on cherche à régler cette matière.

Enfin, M. le baron Lambermont délégué de Belgique, insiste sur l'importance que présente tout spécialement la question à l'ordre du jour de la conférence pour les compagnies de chemins de fer, et les fabriques de son pays ; il rappelle que la loi Belge ne permet la prise de possession de la propriété privée que moyennant préalable indemnité. Si la Conférence croit devoir aller à l'encontre de ce principe, il est à redouter que les gouvernements se trouvent, à l'occasion d'une guerre, en présence de réclamations d'indemnités considérables émanant de leurs propres ressortissants, qui auront été dépouillés de leur propriété par l'occupant. Cependant M. Lambermont juge utile que l'on s'éclaire sérieusement avant de se prononcer sur une matière aussi importante. M. le président Jomini insiste et dit, que dans l'intérêt des populations, il est utile d'avoir des règles précises. « Si la commission « passe sous silence quelques questions épineuses, ajoute M. de « Voights-Rhetz, les gouvernements manqueront des lumières « nécessaires pour prononcer en connaissance de cause. »

On le voit, la commission était unanime à reconnaitre la nécessité qu'il y avait à s'expliquer clairement sur la question, à fixer les droits de l'occupant, ne perdant pas de vue un seul instant que le vague ne pourrait profiter qu'au plus fort. Ces explications, tous les désirent ardemment, et cependant on n'en trouve aucune trace dans la suite du compte-rendu de la séance. On adopte le texte proposé ; on ajoute seulement à l'énumération les télégraphes de terre, et le principe de la restitution et de l'indemnité ne s'applique toujours qu'au matériel des chemins de fer, aux bateaux à vapeur et autres navires. Sur la demande de plusieurs délégués, on devait dans la séance du lendemain reve-

nir sur cet article 6 et sur les observations auxquelles il avait donné lieu, mais ce n'est qu'incidemment et dans la séance du 22 août (où on reprend la discussion sur le chapitre I de la section 1), que l'article 6 est examiné à nouveau (1). On décide que l'*Observation* formera le second alinéa de l'article 6. Cet examen soulève de la part des délégués les mêmes questions qu'il avait déjà fait naître lors de la première délibération; et comme alors, le baron Lambermont fait observer que quand il s'agit du matériel appartenant aux Compagnies de chemins de fer, on prévoit la restitution et l'indemnité, et qu'on ne s'engage à rien de semblable au profit des propriétaires et des fabricants dont les armes auraient été saisies, bien que celles-ci soient également des propriétés privées. C'est donc toujours le même désir de voir la question élucidée et arrêtée en termes formels qui se fait jour dans la Conférence, et cependant ces réclamations du baron Lambermont ne parviennent qu'à provoquer cette réponse du président Jomini, à savoir: que dans l'hypothèse prévue par l'orateur, les armes et les munitions sont de la contrebande de guerre. La question est enfin considérée comme définitivement vidée après que M. Lambermont a fait observer qu'on ne peut assimiler la contrebande de guerre sur terre à la contrebande de guerre sur mer. A partir de ce moment, tout est terminé; nous ne trouvons plus trace d'une satisfaction quelconque donnée aux divers délégués qui ont voulu fixer la question ; en effet, le texte définitivement arrêté par la Conférence ne diffère que par des points de détail de celui sur lequel la discussion s'était ouverte.

Que si, maintenant, nous nous demandons quelle est l'opinion qui a dû dominer dans la Conférence, malgré son obstination à ne pas formuler cette opinion, de façon à couper court à toute

(1) V. Protocole, n° XVIII.

difficulté d'interprétation, nous devons avouer notre embarras. Si, en effet, d'un côté, on déclare que la restitution est le principe à suivre dans notre matière, et que, d'ailleurs, on cherche à régler cette matière dans l'intérêt du pays occupé, d'un autre côté, nous voyons qu'on veut, à quelques jours de distance, traiter ces objets comme contrebande de guerre. Une chose certaine, c'est qu'en s'appuyant exclusivement sur le texte définitif du 2e alinéa de l'article 6, on ne saurait faire bénéficier du privilège garanti aux objets qui y sont énumérés, ceux qui n'ont pas été englobés dans cette énumération qui nous semble parfaitement limitative, l'élaboration de ses termes ayant soulevé d'assez longues discussions.

Consultons enfin le document le plus récent que nous possédions sur la matière : « Les lois de la guerre sur terre ». La rédaction de l'article 55 ne laisse place à aucun doute. Les membres du Congrès, trouvant leur tâche facilitée par l'œuvre de leurs devanciers, ont pu apporter plus de méthode et de netteté dans le classement des matières et poser des divisions qui facilitent singulièrement le travail du lecteur. Des rubriques groupent la question se rapportant au même ordre d'idées et éclairent le sujet sur les intentions non équivoques de leurs rédacteurs. Sous litt. a. les articles 50 et 51 s'occupent des propriétés publiques dont nous ne citerons que celles qui nous occupent actuellement (dépôts d'armes, approvisionnements), et sous litt. b. l'article 55 étudie les *propriétés privées* dans lesquelles on fait entrer la même catégorie de biens (moyens de transport, dépôts d'armes et de munitions de guerre) *appartenant à des sociétés ou à des particuliers*. Le fait de les ranger sous la rubrique « propriétés privées », aurait suffi à lui seul pour montrer l'intention de les astreindre à un traitement différent; mais la Conférence a été plus explicite encore pour fixer irrévocablement les droits de l'occupant et de l'occupé. Aussi, trouvons-nous ici

ce que nous avons vainement cherché ailleurs. Assimilant ces objets aux moyens de transports exploités par des particuliers, l'article 53 dispose « qu'ils peuvent être saisis par l'occupant, mais ils doivent être restitués si possible, et les indemnités réglées à la paix ».

Ainsi donc, restitution et règlement d'indemnité à la fin de la guerre pour les armes, munitions et *subsistances* (1) dues à l'industrie de particuliers. Aussi, croyons-nous pouvoir reproduire ici le principe que nous avons formulé à propos des chemins de fer en tant qu'ils appartenaient à des compagnies, à savoir : *que les dépôts d'armes, de munitions et de subsistances, propriétés privées, seront moins bien traités que la propriété privée proprement dite, mais seront mieux traités que la propriété publique.*

B. — Des Réquisitions et Contributions.

On entend par Réquisition, le droit pour l'occupant d'exiger des habitants des territoires envahis, la livraison de certains objets et la prestation de certains services nécessaires à ses troupes.

Les Contributions sont des sommes d'argent levées sur la population du territoire occupé, soit comme équivalent de prestations non livrées en nature, soit comme peine et à titre d'amende pour violation des lois de la guerre.

L'axiome autrefois reçu chez les nations guerrières : « La guerre doit nourrir la guerre », a heureusement fait son temps. Les armées entraient en campagne, dirigeant de préférence leurs coups sur les provinces les plus riches, où elles savaient devoir

(1) Nous croyons pouvoir ajouter à notre énumération cette classe de produits bien que les textes les plus récents ne les mentionnent pas. L'idée première qui semble avoir présidé aux décisions des conférences, a été en effet de ranger sous la même loi tous les objets « de nature à servir aux opérations de la guerre ». Or, les subsistances destinées à l'armée nous semblent au premier chef appartenir à cette catégorie.

trouver les moyens de se nourrir et de s'entretenir sans être à charge au trésor. Aujourd'hui, toute nation qui ne veut pas ternir sa gloire militaire devant le Tribunal inflexible de l'opinion publique, prend ses dispositions de manière à assurer les services de son armée pendant toute la durée de la lutte. Des marchés passés avec les fournisseurs mettent ces derniers à la disposition de l'Intendance militaire dont ils doivent exécuter ponctuellement les ordres, pour que par sa prévoyance, les troupes en marche ne manquent d'aucune des choses indispensables à leur nourriture et à leur habillement.

Mais qui ne prévoit déjà qu'à la suite des marches et des contre-marches, qu'avec les alternatives de succès et de revers inséparables des hostilités, il peut arriver, et il arrive hélas ! trop souvent, que les convois attendus n'arrivent pas, soit qu'ils aient été interceptés par l'ennemi, soit qu'ils aient été dirigés sur un point que les troupes auxquelles ils étaient destinés ont été par suite de circonstances imprévues obligées d'abandonner. Dans ce cas, les usages de la guerre, faisant plier le principe de l'inviolabilité et du respect de la propriété privée devant la nécessité pressante de se procurer des moyens de subsistance et de parer aux besoins des troupes, reconnaissent à l'occupant le droit de demander aux particuliers ce qu'il n'a pu se procurer par les moyens ordinaires.

Il ne faudrait pas croire que la nourriture et l'habillement soient les seules prestations que l'occupant est en droit d'exiger des populations du territoire envahi. Ce sont assurément les plus importantes et les plus lourdes, si on regarde à la valeur pécuniaire qu'elles représentent, mais ce ne sont peut-être pas les plus vexatoires si on les compare à l'obligation de loger les troupes qui incombe aussi à l'habitant, car l'armée ne se compose pas toujours d'éléments dont la délicatesse et le savoir vivre soient à l'abri de toute critique. L'ennemi a encore le droit de

requérir les chevaux, attelages, et moyens de transport appartenant aux particuliers. On le voit donc, les droits de l'occupant sont presque sans limite et pèsent lourdement sur les particuliers.

Depuis longtemps déjà, presque toutes les nations de l'Europe voulant parer aux éventualités d'une guerre, se sont imposé des sacrifices énormes pour les armements formidables qu'elles entretiennent en temps de paix. De plus, comme il ne suffit pas d'avoir entre les mains une vaste machine aux rouages multiples et compliqués, mais qu'il faut se rendre compte aussi exactement que possible si au moment du danger cette machine pourra entrer en mouvement et rendre des services en proportion avec les frais qu'a coûtés son installation, tous les gouvernements font exécuter, annuellement à leurs armées, des manœuvres qui les mettent à même d'étudier pratiquement les points faibles de l'organisation et de découvrir les parties sur lesquelles doit porter plus spécialement leur attention. L'institution toute récente de ces exercices, qui doivent être l'image aussi fidèle que possible de ce qui se passerait réellement en temps de guerre, a eu pour effet de doter presque tous les peuples de l'Europe d'une législation que réclamait impérieusement ce nouvel état de choses. Il ne suffisait pas de consacrer en termes formels le droit pour l'armée de chaque pays, de demander sur son propre territoire et à ses nationaux ses moyens de subsistance, et les divers services qui pourraient lui être indispensables pour remplir sa mission protectrice. Un tel principe n'a pas besoin de se formuler; il s'impose à la raison, et de la façon dont il se présente, ce n'est autre chose qu'une expropriation pour cause d'utilité publique. Il fallait de plus étendre le principe des réquisitions au cas de mobilisation ou d'appel de troupes pour exercices et manœuvres, et faire connaître aux populations, qu'on pourrait en pleine paix, faire peser sur elles les mêmes charges qu'au jour du danger : il fallait faire entrer dans les

mœurs des populations les innovations créées par une impérieuse nécessité (1).

Voilà donc deux principes parfaitement établis : d'un côté, droit incontestable pour l'armée du pays de pourvoir *en tous temps* à ses besoins au moyen de réquisitions pratiquées sur son territoire; de l'autre, droit reconnu à l'occupant, par les usages internationaux, de pourvoir aux mêmes besoins par des réquisitions exigées des habitants du territoire occupé. Mais une question surgit tout d'abord et s'impose d'elle-même à notre attention. A supposer que la guerre ait poussé l'un contre l'autre deux États chez lesquels la question des réquisitions militaires en tant que s'exerçant dans la limite de leurs frontières respectives et au profit de leur armée ait été minutieusement réglée, il est possible que cette matière ait été diversement arrêtée dans la législation propre à chacun de ces États. Celle-ci permet de réclamer certaines prestations que l'autre refuse; celle-là promet le paiement d'une indemnité en échange de certains services que la première aura le droit d'exiger gratuitement. Ainsi, les législations peuvent différer entre elles, tant sur l'étendue des réquisitions que sur leur mode de règlement; de là, des difficultés inévitables dans la pratique. En effet, au cas de désaccord entre les deux législations rivales, quelle est celle qui doit être appliquée? Faudra-t-il suivre celle de l'occupant ou celle du pays occupé ?

La question fut soulevée dans le sein de la conférence de Bruxelles. Elle se trouvait tranchée, dans le sens de la deuxième alternative, par le projet primitif russe dans son paragraphe 52 (2),

(1) Cette matière est régie chez nous par la L. du 3 juillet 1877, *relative aux réquisitions militaires.*

(2) « L'ennemi peut exiger de la population locale tous les services et redevances en nature et en argent auxquels ont droit les armées du gouvernement légal ».

mais ce ne fut pas sur ce texte que la conférence eut à se prononcer. Parmi les nombreuses rédactions nouvelles proposées, la priorité fut donnée au projet du général Voigts-Rhetz (1); il est muet sur la législation applicable; il est donc moins clair, moins explicite que le projet russe. Aussi, le colonel fédéral Hammer est d'avis qu'on mette les populations occupées sur la même ligne que celles de l'État occupant, et qu'on rende les prestations uniformes; il demande donc que l'article se termine par ces mots : « services qu'il pourrait demander à ses propres populations ». Cette proposition est combattue par le colonel Staaff (Suède et Norwége) qui objecte qu'on aggrave ainsi lourdement la situation des provinces occupées : en effet, que le gouvernement de l'occupant pressé par la nécessité exige de ses sujets des sacrifices extrêmes, en faisant appel à leur patriotisme, il faudra en conclure qu'il pourra imposer les mêmes sacrifices aux populations vaincues. Et puis, dit M. le Directeur Védel (Danemark), ce principe ne tend à rien moins qu'à reconnaître à l'occupant le droit d'introduire sa propre législation sur un territoire provisoirement occupé (2). Dès le début de la discussion, il fut facile à tous de voir qu'on ne pourrait arriver à une entente, et chacun ne formula plus qu'un simple désir, celui de voir son opinion personnelle consignée aux protocoles des séances : les instructions du plus grand nombre des membres présents se rapportaient au projet russe, aussi, ce qu'ils pourraient dire dans la discussion serait purement personnel.

Les deux premiers modes de limitation à apporter au droit de réquisition (législation de l'occupant ou de l'occupé) ne pouvant rallier les suffrages, il restait une troisième combinaison possible :

(1) En voici les termes : « La propriété privée devant être respectée, l'ennemi ne demandera aux communes ou aux habitants que des prestations et services qui ne soient pas contraires à l'art. 48 et de nature à servir au but de la guerre ».

(2) Protocole n° XV, séance du 19 août 1874.

c'était de décider que les prestations seraient en rapport avec les nécessités de la guerre, termes beaucoup plus élastiques et renfermant plus de surprises pour l'occupé que les deux premières alternatives. A cet effet, la rédaction suivante fut proposée par M. de Landsberg : « La propriété privée et la liberté des « habitants devant être respectées, l'ennemi ne demandera aux « communes ou aux habitants que les prestations et services « d'usage accordés aux armées en campagne; et ce, en respec- « tant les prescriptions de l'art. 48 ».

M. Védel n'eut pas de peine à montrer que cette nouvelle proposition n'assignait aucune limite aux services que l'armée occupante pourrait dorénavant exiger; l'orateur insista sur la supériorité à cet égard du projet russe et il combattit les arguments à l'aide desquels on avait cru devoir l'écarter. A l'objection tirée de ce qu'il peut exister une inégalité entre les services et les prestations exigées dans chaque pays, il répond que cette inégalité existe aussi en ce qui concerne les impôts; et cependant, on n'a pas songé un seul instant à transporter dans le territoire occupé la législation fiscale de l'occupant : c'est à la quotité des impôts et à la manière de les exiger, telle qu'elle est réglée dans le territoire occupé, qu'on s'est arrêté. On a fait aussi une objection tirée de ce que l'occupant n'est pas obligé de connaître ou d'étudier les dispositions législatives qui règlementent les réquisitions dans les provinces envahies : mais, répond l'orateur, il n'est pas plus difficile de se conformer à cette législation en ce qui concerne ces services qu'en ce qui concerne les impôts établis. Du reste, à supposer qu'il n'existât pas de règlements sur la matière et que les armées nationales eussent toute latitude pour réquisitionner, l'armée occupante aurait la même faculté; cette latitude ne lui est point enlevée par le projet russe (1).

(1) Protocole n° XVI, séance du 20 août.

Malgré ces observations, c'est le texte proposé par M. de Landsberg qui devait être définitivement adopté et passer dans l'art. 40 remplaçant désormais l'ancien art. 52 (1).

Les usages internationaux déterminent la mesure dans laquelle les réquisitions peuvent être levées et tracent les conditions qu'elles doivent remplir pour être justes.

1° En premier lieu, ce qu'on peut demander aux habitants, ce sont des prestations, des services en nature, et non des services personnels; ce qu'on admet, c'est une atteinte à la propriété privée, mais non à la personnalité, à la dignité des particuliers. Il serait révoltant de pouvoir en exiger des services qui seraient incompatibles avec l'honneur des citoyens, avec le respect dû à la patrie malheureuse : autant vaudrait alors les obliger à porter les armes contre elle. Qu'on se représente les souffrances morales d'un individu qui serait forcé militairement de contribuer de sa personne à servir les intérêts de l'ennemi, alors qu'il sait que chacun de ses services est un coup porté à la liberté de son pays, et à ses chances de triomphe! C'est ainsi qu'il nous parait contraire à toutes les règles de la morale d'exiger les services des ouvriers du pays occupé (maréchaux-ferrants, charpentiers, etc.), bien que le général Voigts Rhetz ait semblé poser en principe (conf. de Bruxelles, Protocole n° XVI), des règles absolument contraires : qu'on demande des prestations matériellement exigibles, nous voulons bien l'admettre puisque tel est l'usage, et qu'en définitive on ne fait par là que s'attaquer à la fortune des particuliers;

(1) Cf. « Les lois de la guerre sur terre », art. 56. Toutefois le principe d'après lequel il faudrait s'en rapporter en ce qui concerne les réquisitions à la loi du pays envahi, est admis par deux auteurs allemands, MM. Neumann et Bluntschli.

Le premier (*op. cit.* p. 121) le dit en termes non équivoques : « D'après les lois et habitudes du pays, de la même manière que peut souvent la requérir leur propre gouvernement ».

Et le deuxième n'est pas moins explicite (v. art. 653 et les remarques placées sous cet article).

mais qu'on puisse demander des services personnels qui placent ceux qui y sont contraints, entre leur intérêt et leur devoir ; c'est ce que nous nous refusons absolument à admettre. Une protestation de leur part ne nous semble devoir les exposer à aucun danger.

Il y aura d'ailleurs un cas où les particuliers adhèreront presque toujours à l'injonction qui leur est adressée : c'est lorsque les conducteurs seront requis en même temps que leurs équipages. Si le service de ces équipages n'est requis que pour une durée déterminée, et un voyage d'ores et déjà fixé, bien peu de propriétaires consentiront à laisser leurs attelages entre les mains des requérants ; ils préfèreront en prendre eux-mêmes la direction, sous les ordres de l'ennemi, pour pouvoir ensuite ramener leurs voitures et leurs chevaux. Leur intérêt d'ailleurs leur commande d'agir ainsi et c'est là un acte qui ne nous paraît pouvoir en rien éveiller leur susceptibilité, attendu que le point qui importe ici réellement à l'ennemi, c'est de s'assurer les moyens de transport nécessaires, et non les services de tel ou tel conducteur.

2° En second lieu, il faut que la réquisition soit nécessaire, c'est-à-dire que l'ennemi soit dans l'impossibilité de pourvoir à ses besoins d'après les moyens réguliers. S'il s'agit de subsistances, par exemple, il faut que la nécessité de réquisitionner provienne soit d'une arrivée tardive ou impossible des vivres attendus. L'ennemi doit être considéré comme étant en mesure de se suffire à lui-même, et si le service a manqué, il ne faut pas qu'on puisse l'imputer à l'une des deux causes suivantes : manque absolu chez l'ennemi de ressources pécuniaires ou de crédit, imprévoyance calculée de la part du chef des troupes (1).

(1) Lors de l'occupation de Paris, en 1815 par les troupes alliées, des abus se produisirent qui étaient la violation la plus formelle de ces principes. Vainement la municipalité mit à la disposition des vainqueurs ses casernes désertes ; ils refusèrent de les occuper, ne voulant pas, disaient-

3° Les réquisitions doivent être mesurées sur les besoins réels des troupes et sur les ressources des habitants appelés à les fournir. Il n'est pas permis de ruiner une population, et de la dépouiller complètement des choses qui lui sont indispensables, pour en faire profiter les troupes d'occupation ; il semble rationel d'assurer d'abord l'existence matérielle des habitants. C'est cependant un principe qui est presque toujours méconnu, et il n'est pas rare de voir l'occupant réquisitionner à outrance, quitte à changer de garnison lorsque toutes les ressources sont épuisées, laissant les habitants dans la pénurie la plus complète, ou à frapper de lourdes contributions en argent pour remplacer les prestations qu'on ne peut plus lui fournir. A son entrée en Lorraine, le prince royal de Prusse lançait la proclamation suivante : « Je ne réclame pour l'entretien de l'armée que les pro- « visions superflues, celles qui ne sont pas employées pour « nourrir la population française ». Mais chacun sait comment ces prescriptions furent suivies à la lettre, et on est en droit de se demander ce qu'est devenu par la suite cette promesse. De plus, avons-nous dit, l'occupant ne peut réclamer que ce qui lui est nécessaire ; par là se trouvent exclues les exigences immodérées de l'occupant qui n'ont d'autres conséquences qu'un gaspillage inouï. Souvent, chez les particuliers, les troupes se procurent un bien-être qu'elles n'ont jamais connu, qui n'est généralement pas fait pour elles ; seulement, l'ennemi payant, on ne saurait trop lui demander (1).

ils, enfermer leurs troupes, et la ville fut obligée de leur construire à grands frais dans les jardins du Luxembourg, au milieu des principales places et sur les quais les plus larges, de vastes et solides baraques en charpente. De Vaulabelle, *op. cit.* t. III, p. 377 et s.

(1) En 1815, au lieu de se contenter du coucher tel que peuvent le donner les habitants, et du feu nécessaire à l'apprêt des vivres, un ordre du jour daté de Saint-Cloud, paru le 5 juillet, établit pour le coucher de chaque Prussien les conditions suivantes : le lit devait se composer d'un oreiller, d'un matelas, d'une couverture de laine et de deux draps de toile ; la

4° Enfin, la réquisition, en principe, ne peut avoir lieu que sur l'ordre du commandant en chef, et moyennant une indemnité juste et préalable (1), ou du moins, l'occupant doit délivrer aux particuliers, une reconnaissance de la valeur des objets réquisitionnés, qui dans ce cas, devront être payés ultérieurement. Nous avons affaire ici à une véritable expropriation pour cause d'utilité publique, et l'ennemi ne peut avoir plus de droits que le souverain lui-même. Mais si, en général, toute réquisition donne droit à un dédommagement, il est certaines prestations que les habitants doivent fournir gratuitement. Quelles sont ces prestations ?

Ici se présente de nouveau la question soulevée plus haut : à quelle législation faut-il se rapporter (2) ? Nous n'avons pu que constater la divergence d'opinion qui existe sur ce point, et nous avons vu qu'on s'en rapporte généralement aux usages suivis à la guerre; et les usages qui semblent avoir prévalu sont les suivants :

Sont donnés gratuitement, le logement des troupes chez l'habitant et leur cantonnement; de plus, celles-ci ont droit au feu et à la chandelle. En dehors de ces exceptions, on retombe dans le droit commun qui exige le paiement d'une indemnité représentative de la valeur des objets ou des services demandés.

Il faut que les prestations soient payées au moment même où elles sont levées : tel est le principe, mais il est extrêmement

ration, pour chaque jour et pour chaque homme, était de deux livres de pain froment, d'une livre de viande, une bouteille de vin, plus une quantité proportionnée de riz, d'eau-de-vie et de tabac à fumer; le nombre des hommes imposés à chacune des maisons n'était pas moindre de 10. De Vaulabelle, *op. cit.* t. III, p. 376 et s.

(1) « Toutes les prestations donnent lieu à des indemnités représentatives de leur valeur, sauf dans les cas spécialement déterminés par l'art. 15 de la présente loi ». L. 3 juillet 1877, art. 2.

(2) Bluntschli § 653 rem. 5 litt. a, dit que la nature et l'espèce de ces contributions sont déterminées par l'usage ou la loi du pays.

rare qu'il soit obéi dans la pratique. Au lieu d'indemniser préalablement le propriétaire dépossédé, il est dans l'usage, et cet usage est déplorable, de lui remettre simplement une reconnaissance des objets livrés, signée par celui qui opère la réquisition, en lui faisant espérer d'en effectuer le paiement à une époque ultérieure.

Un point qui ne saurait faire de doute pour personne, c'est que le débiteur de l'indemnité ne peut être que celui qui a profité de la réquisition, et il est rationnel et hors de conteste qu'on doive exclusivement s'adresser à lui pour en avoir le paiement. Mais qui ne prévoit déjà les difficultés que devra forcément rencontrer le créancier pour recouvrer sa créance. Si l'occupant reste définitivement vainqueur, si la lutte se termine favorablement pour lui, il ne manquera presque jamais de se refuser à payer cette dette, car c'est lui qui dicte les conditions, et quelques dures qu'elles puissent être, le vaincu est bien obligé de s'y soumettre. Il faut qu'il subisse les charges qu'on lui impose; c'est un joug inexorable sous lequel il doit passer, car il est à bout de ressources, ses forces sont épuisées, toute tentative de résistance serait vaine.

Cependant, à supposer que la lutte ait le dénoûment que nous venons d'indiquer, il n'en existe pas moins des faits matériels, palpables, consignés dans des reconnaissances écrites. Des propriétaires ont été dépossédés de leur chose ; ils ont été mis à contribution par les vainqueurs qui, grâce à ces contributions, ont pu poursuivre les hostilités sans bourse délier, puisqu'ils n'en ont pas encore payé la valeur. C'est donc un service gratuit qu'a rendu ce propriétaire, alors qu'il ne devait qu'un service rétribué; c'est un service en retour duquel il n'a reçu qu'une reconnaissance illusoire, puisque en définitive, l'occupant est matériellement, sinon moralement, le maître de faire ou non honneur à ses engagements. La conséquence logique et inévita-

ble d'un tel état de choses est facile à déduire : c'est que le propriétaire qui n'a pu se soustraire à l'obligation de délivrer les objets réquisitionnés, va se trouver supporter en définitive une perte considérable, puisque la valeur n'en sera point reversée dans son patrimoine. Or, c'est là une chose parfaitement injuste puisque les principes exigent le paiement de la valeur des objets réquisitionnés. Que devra faire ce malheureux propriétaire dont la fortune a été déjà si gravement compromise par l'occupation ? Il n'aura qu'à se résigner et à ajouter cette perte aux pertes nombreuses qu'il a déjà subies ; la solution est dure, inhumaine, mais nous n'en voyons point d'autre. Ne pourra-t-il pas du moins recourir contre son gouvernement qui seul dans la lutte a le caractère de belligérant ? Pas davantage. L'Etat lui répondrait et avec beaucoup d'à-propos, que n'ayant pas profité des réquisitions, il ne doit aucune indemnité, et il le renverrait à se pourvoir auprès de l'occupant qui seul est débiteur. Ainsi, éconduit de part et d'autre, il n'a plus qu'à rester dans l'inaction et à se soumettre aux dures nécessités de la guerre. Nous sommes donc en présence d'un état de choses qui ne crée aucun droit, aucune action en dommages-intérêts contre le gouvernement dont relèvent les propriétaires dépouillés. Tout ce qu'ils sont en droit d'espérer, c'est que le gouvernement, touché de leur situation, et au cas où ses finances le lui permettraient, leur vienne en aide, non plus au nom du droit, mais au nom de l'équité (1).

L'ennemi, nous venons de le voir, peut lever des contributions

(1) C'est à cette idée que s'est arrêtée l'assemblée nationale en votant la loi du 6 septembre 1871 (*Journal officiel*, 12 septembre 1871). « Considérant..... l'Assemblée nationale, sans entendre déroger aux principes posés dans la loi du 10 juillet 1791 et le décret du 10 août 1853, décrète ». En vertu de cette loi, une indemnité de 100 millions fut accordée pour les pertes de toute nature, contributions, réquisitions, amendes, dommages matériels résultant de l'invasion. V. *Recueil des traités, conventions et autres actes relatifs à la paix avec l'Allemagne*. T. III, sect. II, ch. 2.

en nature, mais les lois de la guerre n'autorisent pas les réquisitions purement pécuniaires, et en voici la raison : si on permet à l'occupant de réquisitionner, c'est que, par hypothèse, il a été dans l'impossibilité de pourvoir à sa subsistance et à son entretien, par suite de circonstances fortuites qui ont fait manquer le service régulier de ses approvisionnements. Le droit de requérir ne suppose pas l'épuisement des ressources de guerre ; il repose simplement sur ce que, accidentellement, l'ennemi manque des objets nécessaires. Lui permettre de remplir ses caisses avec l'argent des particuliers, ce serait lui permettre de s'enrichir à leurs dépens, car cet argent ne serait évidemment pas employé à se procurer sur les lieux les ressources nécessaires, ces objets faisant défaut dans la localité, puisque sans cela on aurait pu les réquisitionner en nature. Or, à quoi servirait d'avoir des sommes d'argent, si on ne doit pas trouver à se procurer des marchandises en échange ? Les réquisitions pécuniaires seraient, dès lors, complètement frustatoires et ne pourraient que masquer un moyen de tirer des habitants une double prestation. « De même que l'en-« nemi n'a pas le droit de contraindre les habitants à combler « les vides de ses cadres et à entrer à son service, de même, il « ne peut exiger d'eux de lui fournir l'argent nécessaire pour « continuer la guerre (1) ».

Cependant, supposons que l'ennemi arrive dans une ville et qu'il demande un certain nombre de rations de viande, par exemple. La ville répond qu'elle n'en a pas, et, en réalité, elle n'en possède que ce qu'il lui faut pour ses besoins personnels. L'ennemi ne peut insister ; il ne lui reste plus qu'à s'adresser à des villages voisins abondamment pourvus de la marchandise demandée. Seulement, que va-t-il se passer ? C'est que, le village ainsi mis à contribution, et dont toute la fortune consiste dans les

(2) Bluntschli, § 654, note 1.

attelages attachés à la culture du sol, se trouvera avoir payé pour la ville voisine, en réalité beaucoup plus riche que lui ; le pauvre paiera donc pour le riche. Comment faire, dès lors, pour rétablir un juste équilibre? Assurément, dans ce cas, la réquisition en argent ne saurait être critiquée, et la population urbaine n'aurait point à se plaindre, mais il faudrait apporter, dans les opérations de ce genre, toute l'honnêteté et toute la délicatesse désirables. Il faudrait que les propriétaires suburbains fussent désintéressés par l'ennemi lui-même, et sur-le-champ ; car, le fait d'avoir fourni des vivres à la place des propriétaires de la ville, ne s'opposera pas évidemment à ce que l'ennemi réquisitionne encore, dans la mesure de ses besoins ultérieurs, et dans la mesure des ressources du village ; il ne faut pas qu'on fasse tout à la fois payer les villes et qu'on réquisitionne dans les villages. En un mot, les contributions pécuniaires levées à la place des contributions en nature, ne nous sembleraient pas critiquables, mais à ces conditions seulement : c'est qu'elles ne fissent pas double emploi avec ces dernières, et qu'elles servissent à désintéresser ceux qui ont été à même de fournir des contributions en nature. Ce qu'il faut éviter, en effet, c'est que l'ennemi détourne de leur véritable destination les sommes réquisitionnées ; autrement, étant admis que ce sont là des questions qui sont toujours passées sous silence dans les traités, et qu'en dernière analyse, les réquisitions non payées sont une perte sèche pour le propriétaire dépossédé ; si l'ennemi avait la faculté de retenir par devers lui les sommes touchées aux lieu et place des réquisitions, il s'enrichirait d'autant, et, lorsque plus tard, l'Etat, mû par un sentiment d'équité, voudrait indemniser les habitants des pertes qu'ils ont subies, il se trouverait en présence de deux solliciteurs : la ville, qui a donné de l'argent, et le village, qui a donné les objets en nature, alors qu'en toute justice, le premier aurait dû servir à payer les seconds.

On peut enfin lever des contributions à titre d'amende ; ce droit se trouve constaté dans les actes de la Conférence de Bruxelles § 53, et dans les lois de la guerre sur terre, art. 58. Ici, nous entrons en plein dans l'arbitraire, car l'occupant sera seul juge du point de savoir si les communes ou les particuliers ont encouru l'amende qu'il leur inflige. Il sera même à la fois juge et partie intéressée, ce qui n'est pas une garantie suffisante de l'impartialité de ses décisions. Rien d'étonnant, dès lors, de voir dans la discussion de la Conférence, plusieurs délégués demander la suppression de ce troisième cas de contribution, ou tout au moins, si la suppression n'en était pas votée, d'obtenir comme fiche de consolation l'atténuation de cette clause exorbitante par un correctif nécessaire ; que, si on ne veut supprimer complètement ce droit, on le subordonne du moins à certaines conditions qu'on imposera aux chefs militaires. Mais la ténacité habituelle du délégué d'Allemagne, M. Voights Rhetz, décide la Conférence au maintien des expressions « à titre d'amende »: les réserves qui ont été faites, est-il dit dans le protocole XVI (séance du 20 août 1874), constatant suffisamment les opinions des délégués. On y ajoutera que MM. le colonel fédéral Hammer et le colonel comte Lanza ont demandé que cette pénalité fût restreinte à la violation des lois et coutumes de la guerre.

Tel est, en effet, croyons-nous, le seul cas où on puisse frapper des amendes sur la population. Mais les abus ne peuvent manquer d'apparaître, et sous le prétexte que les lois de la guerre ont été violées, le vainqueur, qui seul est tout puissant, ruinera les paisibles habitants du territoire. Nous eussions préféré que les mots : « à titre d'amende », fussent à jamais effacés des codes internationaux, car ils ne peuvent que donner naissance à un état de choses des plus regrettables (1).

(1) Guelle, *op. cit.*, p. 218 et s.

APPENDICE

a. — DES ANNEXIONS DE TERRITOIRE. — b. RECOURS POSSIBLE EN RAISON DES DOMMAGES RÉSULTANT DES HOSTILITÉS.

a. Le vainqueur dicte au vaincu les conditions de la paix, et ces conditions sont consignées dans un traité auquel les puissances contractantes sont représentées par des plénipotentiaires désignés de part et d'autre. C'est le traité qui met fin à la lutte, et c'est souvent ce même traité qui donnera naissance à de nouvelles hostilités.

Généralement, le vaincu s'oblige à céder une certaine partie de son territoire, ou à compter une certaine somme d'argent, destinée à indemniser le vainqueur des frais qu'il a dû faire pour soutenir la lutte et à lui procurer un fonds de réserve pour refaire son armement et se préparer en prévision d'une nouvelle attaque (1). Quelquefois, ces deux conditions se trouvent réunies et on exige à la fois du vaincu et une indemnité de guerre et une cession de territoire. Parfois même, à tout cela, vient s'ajouter quelque clause insidieuse ayant pour but de ruiner dans un avenir plus ou moins prochain, le commerce du vaincu.

Dans ces derniers temps, les sommes imposées ainsi au vaincu se sont élevées à des chiffres exorbitants. Les exigences des

(1) On sait qu'une partie des cinq milliards qu'a payés la France, a été mise en réserve dans la forteresse de Spandau, près de Berlin.

vainqueurs semblent s'accroître avec la marche du siècle, et on ne peut prévoir à quel chiffre elles pourront s'élever par la suite. Dans le traité de paix signé à Paris, le 20 novembre 1815, entre la France, d'une part, et la Grande-Bretagne, l'Autriche, la Russie et la Prusse, de l'autre, sous l'article 4, la France s'obligeait au paiement d'une indemnité de 700 millions de francs; et enfin, le traité désastreux de Francfort, du 10 mai 1871, nous imposait une lourde contribution de 5 milliards, garantie par l'occupation d'une partie des départements de l'Est, qui ne devaient être évacués qu'au fur et à mesure du paiement (1).

Mais c'eût été trop peu de nous prendre notre argent; deux de nos plus riches provinces devaient être brusquement arrachées des bras de la mère patrie. Les pertes d'argent guérissent rapidement, et l'expérience a démontré que la vitalité de notre pays pouvait fièrement les supporter; les blessures résultant d'une séparation violente sont plus longues à guérir et ne se ferment même jamais entièrement. L'annexion ne se conçoit pas, quand il s'agit d'une portion de territoire qui a vécu pendant de longs siècles de la vie commune; qui a souffert et a été dans la joie avec le reste du pays; qui a partagé ses succès et ses revers : l'affinité intime qui relie ces deux parties semble les rendre à jamais indivisibles. Les Etats sont en lutte ouverte depuis assez de temps, pour qu'ils soient façonnés à cette heure comme ils doivent l'être, et qu'ils soient groupés selon leurs aspirations et leurs mœurs particulières. Vouloir toucher à cet état de choses, c'est vouloir rompre l'harmonie, l'équilibre naturels, et unir ensemble des fractions de territoire incapables de vivre jamais

(1) On n'a pas oublié la compétence et l'habileté avec lesquelles furent menées par l'éminent homme d'Etat M. Thiers, les négociations pour le paiement de cette dette prodigieuse, tellement que le 15 septembre 1873, le dernier soldat prussien franchissait la frontière.

dans la concorde; c'est vouloir en un mot multiplier les causes de guerre au lieu de chercher à les rendre plus rares; c'est manquer le but poursuivi par les générations actuelles.

La partie qui s'annexe un territoire sent tellement bien le peu de valeur de cet acte d'annexion, qu'il s'est introduit dans les usages internationaux une pratique destinée à couvrir d'un semblant de droit et de sincérité les actes de cette nature : nous voulons parler des plébiscites annexionnistes. Après que le traité de paix a consacré, en termes formels, la cession de telles ou telles parties de territoire dont on détermine provisoirement les nouvelles limites; pour atténuer la brutalité du fait en lui-même qui place sous l'autorité de nouveaux maitres toujours haïs, des masses intelligentes portant encore dans leur cœur l'attachement à la patrie, on est dans l'habitude de consulter ces populations sur le point de savoir si elles veulent rester attachées au nouveau souverain, ou si elles veulent conserver leur nationalité première : c'est une sorte de vote de confiance qu'on lui demande. Seulement, quand le vainqueur appelle ces populations à se prononcer sur ce point, c'est qu'il est fixé d'avance sur le résultat inévitable de cette démarche, et qu'il a pris les mesures nécessaires pour que le vote lui soit favorable : ce sont là des moyens absolument immoraux à notre avis et qui ne peuvent provoquer que des réponses forcées et formulées sous l'empire de la crainte. On ne saurait y voir l'expression d'un sentiment et d'une volonté librement manifestés : mieux vaut encore, ce nous semble, accepter l'annexion avec ses tristes conséquences et ses origines douteuses, que de chercher à la légitimer par des moyens révoltants (1).

b. — Un dernier point nous reste à examiner. L'armée nationale, opérant sur son propre territoire, dans ses marches et ses

(1) *Revue de Gand*, 1871, art. du docteur Liéber, p. 139 et s. « De la valeur des plébiscites dans le droit international ».

mouvements, a occasionné des dégâts considérables à la propriété privée : ce sont là des faits inséparables de l'état de guerre. Les armées doivent avant tout chercher à se protéger et à utiliser avec tout le fruit possible les moyens d'attaque et de défense. Les biens des particuliers auront à en souffrir, c'est inévitable; mais il ne faut pas que pour avoir voulu les respecter, le succès des opérations se trouve compromis. Aussi, voit-on des champs dévastés, des bois abattus, des ponts détruits, jusqu'à des constructions qui sont démolies sur l'ordre supérieur du génie militaire, soit pour offrir des abords impénétrables à la cavalerie ennemie, pour couper sa ligne de retraite ou pour entraver ses poursuites; soit enfin pour démasquer le feu des batteries et assurer l'efficacité du tir (1).

Il y a donc un dommage quelquefois fort important causé à la propriété privée, dommage qui résulte des nécessités de la guerre : c'est parce qu'il était impossible d'agir autrement à un moment déterminé, que telle disposition nuisible aux particuliers a dû être prise par l'autorité militaire. Que faudra-t-il décider en cette matière ? Le propriétaire qui aura vu ses champs dévastés, sa maison démolie, ses murs percés de créneaux et gravement compromis dans leur solidité, ses bois abattus et fouillés en tous sens pour l'établissement d'ouvrages de fortification passagère, n'aura-t-il aucun recours à exercer contre son gouvernement pour la réparation de ces dommages, ne sera-t-il pas recevable à introduire une action en indemnité?

Le conseil d'État a eu à se prononcer sur de nombreux cas de cette espèce, à la suite de la dernière guerre, et on peut formuler

(1) Plusieurs textes législatifs règlent chez nous la question des servitudes autour des places de guerre, et déterminent les zones militaires en dedans desquelles il est interdit d'élever des constructions de telle ou telle nature. V. L. 10 juillet 1791; 17 juillet 1819; ord. du 1er août — 20 sept. 1821, rendue en exécution de la précédente; enfin le décret du 10 août 1853.

de la manière suivante les règles qu'il a suivies invariablement.

S'agit-il d'un fait de guerre, pas d'indemnité possible.

S'agit-il au contraire d'une simple précaution, c'est-à-dire de mesures qui sont prises en dehors de toute crainte d'un péril ou d'un danger immédiat, l'indemnité est due.

Ces deux règles, qui ne manquent pas d'être assez vagues dans leurs termes, demandent quelques explications, et c'est ici que commencent à se faire jour des systèmes différents.

Qu'est-ce en effet que le fait de guerre, que faut-il entendre par cette expression?

Dans un premier système, le fait de guerre consisterait essentiellement en un fait accidentel, de force majeure, excluant de la part de l'autorité militaire toute préméditation, toute libre délibération, s'imposant à elle avec autant de force qu'au citoyen qui le subit; son caractère distinctif serait la spontanéité, et en quelque sorte, sa fatalité.

D'après le deuxième système, indépendamment du cas de force majeure, il faudrait comprendre sous cette appellation, toutes les dispositions prises, toutes les mesures ordonnées par l'autorité militaire en vue des opérations stratégiques dont elle a la direction, ces opérations ne fussent-elles que de simples actes de prévoyance. La condition essentielle, exigée pour qu'il y ait fait de guerre, ce n'est donc pas la spontanéité, la fatalité de l'acte, mais sa relation plus ou moins directe avec les opérations stratégiques en cours.

Entre ces deux systèmes, prend place un troisième système, moins large que le deuxième dans la généralisation du fait de guerre. On admet que de simples dispositions stratégiques peuvent constituer des faits de guerre, mais à condition qu'elles se produisent pendant la période d'action militaire, sur le théâtre de cette action, et qu'elles aient avec elle *un lien direct et immédiat*, et non des relations purement contingentes : c'est la

jurisprudence suivie par le Conseil d'État (1). Cette opinion se rapproche des deux autres, en ce que elle fait une part aux actes volontaires et prémédités à côté des actes prémédités et nécessaires ; mais elle s'en sépare, quand elle exige que l'acte qualifié fait de guerre soit étroitement relié à l'action militaire et fasse pour ainsi dire corps avec elle : ce dernier point est d'ailleurs évidemment une question de fait, abandonnée dans chaque espèce à l'appréciation du juge.

Dans chacun des cas où le Conseil d'État a rejeté les pourvois formés devant lui contre les décisions du ministre de la guerre auquel étaient adressées les demandes en indemnité, il a déclaré que les faits articulés par les requérants constituaient un fait de guerre qui ne pouvait ouvrir droit à indemnité par la voie contentieuse, sauf aux requérants à se pourvoir à l'effet d'être compris, s'il y avait lieu, dans la répartition des sommes qui avaient été ou pourraient être allouées sur les fonds du Trésor pour la réparation des dommages causés par la guerre.

Le tribunal compétent pour régler l'indemnité est le Tribunal civil, mais il existe une question préjudiciable à vider : c'est celle de savoir si le requérant a droit à indemnité, c'est-à-dire s'il tombe ou ne tombe pas dans les cas prévus par la loi du 17 juillet 1819. Cette question doit être vidée par le Tribunal des conflits, et il n'y a lieu à renvoi devant les Tribunaux, qu'après que la question a été vidée dans un sens favorable à la compétence judiciaire (2).

(1) V. notamment une décision du 9 mai 1873 sur les conclusions conformes de M. Laferrière, commissaire du gouvernement.

Dans le même sens, deux arrêts du conseil d'État du 23 mai 1873 — id. 6 juin 1873 — 11 juillet 1873 — 8 août 1873 — 13 février 1874, — trois arrêts du 1er mai 1874 — 14 nov. 1874.

(2) « C'est à l'autorité administrative qu'il appartient de reconnaître si le dommage à raison duquel indemnité est réclamée en vertu des articles 36, 37, 38 de la loi du 10 juillet 1791, a le caractère d'un fait de guerre ». Arrêté du tribunal des conflits du 28 juin 1873,

Ainsi, en principe, les faits de guerre ne donnent droit à aucune indemnité : les mesures dont s'agit ont été prises dans l'intérêt général par le souverain chargé de la défense du territoire; il n'y a pas de réclamation à élever contre lui, sa décision est sans appel. Que si, ces mesures n'étaient pas commandées par la nécessité, par l'imminence du péril, alors les Tribunaux compétents peuvent connaître de la demande des requérants qui devront être déclarés recevables dans leurs prétentions et dédommagés des pertes qu'ils ont subies.

Le propriétaire qui a eu à souffrir d'un fait de guerre n'a donc plus d'autre espoir que de s'adresser à son gouvernement au nom de l'équité, celui-ci l'indemnisera si l'état de ses finances le lui permet : dans tous les cas, aucune action ne saurait l'y contraindre, et s'il écoute les réclamations de ses requérants, c'est de sa part un acte de pure gracieuseté.

Malgré l'état d'épuisement de ses finances, le gouvernement français a trouvé le moyen de venir en aide aux populations éprouvées par la dernière guerre. Indépendamment de la Loi du 6 septembre 1871 dont nous avons déjà parlé et qui accordait une indemnité de 100 millions à répartir entre les diverses communes, par la loi du 28 juillet 1874, l'Assemblée nationale a voté un crédit de 111,950,719 fr. 35, destinée à indemniser les personnes qui avaient éprouvé des préjudices par suite des destructions opérées par le génie militaire dans l'intérêt de la défense : il est à présumer que cette somme bien qu'elle nous paraisse considérable, était de beaucoup au-dessous du chiffre réel des pertes subies; mais il faut savoir gré au législateur d'avoir saisi cette occasion d'affirmer sa sympathie pour ses concitoyens malheureux (1).

(1) Guelle, *op. cit.*, p. 231 et s.

CONCLUSION

Et maintenant que nous sommes arrivé au terme de notre étude, quelle conclusion sommes-nous en droit de tirer de tout ce qui précède? La conclusion est loin d'être complètement rassurante pour l'avenir. Sans doute, nous avons constaté des progrès considérables dans la manière dont les auteurs et les théoriciens envisagent aujourd'hui les droits de la guerre; les usages eux-mêmes se sont sensiblement humanisés. Mais il y aura toujours à compter avec la pratique, avec la brutalité des faits qui, rompant avec les traditions, semblent s'insurger avec obstination contre les principes élaborés avec tant de soin par la théorie. Souhaitons que l'opinion publique qui s'éclaire chaque jour davantage, dicte enfin à chacun la limite exacte où expirent ses droits et où commencent ses devoirs.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Le *nauticum fœnus* est un *mutuum*.

II. Le consentement des parties ne suffit pas pour la formation du mariage.

III. La *fidejussio in duriorem causam* est nulle pour le tout.

IV. Il n'y a pas en droit romain d'actions mixtes, du moins dans le sens du § 20 liv. IV, tit. VI des *Institutes*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

V. L'héritier réservataire renonçant ne peut retenir ou réclamer à la fois la quotité disponible et sa part dans la réserve.

VI. L'article 883 du code civil s'applique aux créances comme aux autres biens délaissés par le *de cujus*.

VII. Sous le régime dotal, dans le cas d'une vente d'immeubles consentie par le mari seul, la femme a à la fois l'action en revendication et l'action en nullité.

VIII. Le preneur d'immeubles n'a qu'un droit personnel.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

IX. L'inobservation des prescriptions de l'art. 170 du code civil n'emporte pas la nullité du mariage célébré à l'étranger.

X. Pour que la vente des navires soit opposable aux tiers, il est nécessaire mais suffisant d'observer les formalités exigées par la loi du pavillon du navire.



DROIT ADMINISTRATIF

XI. Les marchés de fournitures passés au nom de l'État contrairement aux dispositions de la loi du 4 décembre 1836, sont valables malgré cette inobservation de la loi.

INSTRUCTION CRIMINELLE

XII. L'Étranger jugé définitivement par un Tribunal de son pays à raison d'un crime commis en France contre un Français, ne peut être poursuivi de nouveau en France, à raison du même fait.

Vu par le Président de la Thèse
Bordeaux, le 10 janvier 1888,
ÉDOUARD CUQ.

Vu le Doyen,
BAUDRY-LACANTINERIE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 16 janvier 1888.
Le Recteur,
OUVRÉ.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

TABLE DES MATIÈRES

SAUVETERRE. — IMPRIMERIE CHOLLET.

Errata

P. 5, lig. 2, *au lieu de* suivons, *lisez* suivrons.

P. 19, lig. 16 et 17, *il faut lire,* devenue désormais la seule marque de distinction entre la femme unie par de justes noces et la concubine ? On comprend....

P. 28, lig. 21, *au lieu de* sous, *lisez* sans.

P. 44, lig. 31, *au lieu de* aliquæ, *lisez* aliqua.

P. 52, lig. 2, *au lieu de* du, *lisez* au.

P. 60, lig. 25, *au lieu de* conditio, *lisez* condictio.

P. 70, lig. 27, *au lieu de* et ne, *lisez* et on.

P. 77, lig. 22, *au lieu de* nullum, *lisez* nullam.

P. 83, lig. 24, *au lieu de* coreat, *lisez* ~~correat~~. careat.

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX.

ÉTUDE HISTORIQUE

SUR LA

Condition juridique des Époux dans le mariage romain.

EN DROIT ROMAIN.

DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME.

EN DROIT FRANÇAIS.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 27 juin 1888

PAR

OCTAVE BEYLOT

Avocat à la Cour d'Appel.

BORDEAUX

IMPRIMERIE J. DURAND

20, RUE CONDILLAC, 20.

1888.

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX.

MM.

BAUDRY-LACANTINERIE (✿ I.), doyen, professeur de Droit civil.
COURAUD (✱, ✿ I.), doyen honoraire, professeur de Droit romain.
RIBÉREAU (✿ I.), professeur de Droit commercial.
SAIGNAT (✿ I.), professeur de Droit civil.
BARCKHAUSEN (✱, ✿ I.), assesseur du doyen, professeur de Droit administratif.
DE LOYNES (✿ I.), professeur de Droit civil.
VIGNEAUX (✿ I.), professeur d'histoire de Droit, chargé d'un cours spécial pour le doctorat.
LE COQ (✿ I.), professeur de Procédure civile.
LEVILLAIN, (✿ I.), professeur de Droit maritime.
MARANDOUT (✿ A.), professeur de Droit criminel.
CUQ (✿ A.), professeur de Droit romain.
FAURE (✿ A.), député, professeur d'Économie politique.
DESPAGNET (✿ A.), professeur adjoint, chargé du cours de Droit international privé.
MONNIER (✿ A.), agrégé, chargé du cours de Pandectes.
SAINT-MARC (✿ A.), agrégé, chargé du cours d'Économie politique.
DUGUIT, agrégé, chargé du cours de Droit constitutionnel.

MM.

LE COZ (✿ A.), docteur en Droit, secrétaire.
PLATON, ancien élève de l'École des Hautes-Études, sous-bibliothécaire.
FRAISSAINGEA, docteur en Droit, secrétaire-adjoint.

COMMISSION DE LA THÈSE.

MM.

LEVILLAIN, Président.
CUQ. } Suffragants.
RIBÉREAU. } Suffragants.
LE COQ. } Suffragants.

BIBLIOGRAPHIE.

DROIT ROMAIN.

Accarias............ Précis de droit romain, 4me édition 1886.

Beaufort (de)....... Dissertation sur l'incertitude des cinq premiers siècles de l'histoire romaine. — La République romaine.

Böcking............ De mancipii causis.

Caqueray (de)....... Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron, Paris 1857.

Demangeat.......... Condition du fonds dotal.

Denys d'Halicarnasse Romanarum antiquitatum quæ supersunt, 1886.

Dubois.............. Institutes de Gaius d'après l'apographum de Studemund, 6me édition, 1881.

Duverger........... De la condition politique et civile des femmes, Revue pratique, t. 26, 27, 28 et 29.

Esmein.............. La *manus*, la paternité et le divorce dans l'ancien droit romain, Revue générale du droit, 1883.

Fresquet (de)....... De la *manus* en droit romain, Revue historique, t 2, année 1856.— Du tribunal de famille chez les Romains, Revue historique, t. 1, année 1855.

Gibbon.............. Histoire de la décadence et de la chute de l'empire romain, traduction Buchon, 1839-41.

Gide................ Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne. — Caractère de la dot en droit romain, Revue de législ. fr. et étr., t. 2, année 1872.

Ginoulhiac.......... Histoire du régime dotal.

Giraud.............. Les tables de Salpensa et de Malaga.

Guérard............ Essai sur l'histoire du droit privé des Romains.

Hase................ De manu juris romani antiquioris commentatio.

Hautuile (d')........ Origine et progrès du régime dotal à Rome, Revue de législ. et jurisp., t. 7, année 1883.

Hugo................ Histoire du droit romain, traduction Jourdan, 1825.

Koenigswarter...... L'achat des femmes, Revue de lég. et jur. t. 34, an. 1849.

Labbé.............. Du mariage romain et de la *manus*, Revue hist., 1887.

Laboulaye.......... Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours. — Tables de bronze de Malaga, Revue hist, t. 1, année 1855.

Laferrière......... Histoire du droit français.

Maynz.............. Cours de droit romain, 4me édition, 1876.

Mommsen............ Histoire romaine, traduction Alexandre, 1863-72.

NEUVILLE.......... Textes de Pellat sur la dot, Revue de législ. et de jurisp., t. 34, année 1849.

NIEBÜHR........... Histoire romaine, traduction Golbery, 1830-40.

ORTOLAN.. .. .. Institutes de Justinien, 12me édition 1883.

PELLAT.............. Textes sur la dot, 2me édition, 1853.

SAVIGNY (DE)......... Traité de droit romain, traduction Guenoux, 1840-51.

TROPLONG........... Du mariage chez les Romains et de la puissance maritale, Revue de législ. et de jurisp., t. XXI, année 1844. — Influence du christianisme sur le droit civil des Romains.

WOLOWSKI.......... De la société conjugale, Revue de législ. et de jurisp , t. 44, année 1852.

DROIT FRANÇAIS.

ALAUZET............ Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale, 3me édition, 1879.

ALDRICK-CAUMONT.... Dictionnaire universel du droit maritime, Vº Réformes maritimes.

BEDARRIDE........... Hypothèque maritime

BILLETTE........... L'hypothèque maritime et ses conséquences. — Révision de la loi du 10 décembre 1874.

BOISTEL............. Précis de droit commercial.

CONSTANT........... Commentaire pratique de la loi du 10 juillet 1885.

COURCY (DE)......... Questions de droit maritime.

CRESP et LAURIN..... Cours de droit maritime.

DESJARDINS.......... Traité de droit commercial maritime, t. V.

HÖCHSTER et SACRÉ... Droit commercial français et étranger, t. II, p. 1271 et suivantes.

LYON-CAEN.......... *Gazette des Tribunaux* des 1er et 2 avril 1875.—Études de droit international privé maritime.

LYON-CAEN et RENAULT Précis de droit commercial.

MALLET............. L'hypothèque maritime au point de vue théorique et pratique.

MILLET.............. Étude sur l'hypothèque maritime, Bulletin de la Société de législation comparée, 1874, p. 94 et suiv.

PARDESSUS.......... Collection des lois maritimes antérieures au XVIIIe siècle.

PONT.... .... Privilèges et hypothèques, t. II.

RENAULT............ Revue critique, 1881, p. 481 et suiv.

RUBEN DE COUDER.... Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime, Vº Hypothèque maritime.

VALROGER (DE)...... Droit maritime, t. III.

MEIS ET AMICIS.

DROIT ROMAIN.

Étude historique sur la condition juridique des époux dans le mariage romain.

INTRODUCTION.

On a dit souvent, avec raison, que les préceptes du droit reflètent le caractère intérieur et politique d'un peuple, et que les diverses modifications subies par la législation reproduisent fidèlement les différentes phases de l'histoire interne de ce peuple. Si cette proposition est vraie pour les lois envisagées d'une façon générale, elle l'est bien davantage encore en ce qui concerne les règles particulières qui président à la constitution et à l'organisation de la famille. Voir comment cette famille romaine si fermement établie à l'origine, poussant des racines si profondes dans la religion et le droit civil, s'est transformée peu à peu, perdant une partie de sa force à chaque nouveau progrès qui la rapprochait du droit naturel, pour arriver enfin à un relâchement si éloigné de sa rigueur primitive, n'est-ce pas étudier en même temps l'histoire même du peuple romain, les causes qui ont amené la grandeur de Rome et celles qui ont provoqué son abaissement?

L'étude que nous allons entreprendre se trouve indiquée en quelques mots par M. Ortolan (*Explic. histor. des Inst.*, I, p. 396) qui en détermine les deux termes extrêmes de la façon suivante : « La génération successive de ce que nous appelons aujourd'hui le *régime dotal* est curieuse à étudier. Par quelle gradation du mariage accompagné de la *manus maritale* où la personnalité de la femme est absorbée par le mari, est-on passé à un système où une dot apportée par la femme lui est conservée et garantie? Ce serait fort intéressant à exposer. »

Nous allons donc étudier la condition juridique des époux aux différentes époques de l'histoire romaine, et à cet effet nous aurons à rechercher, d'une façon générale, tous les droits dont le mari peut être investi, soit vis-à-vis de la personne, soit vis-à-vis des biens de la femme, droits ayant leur cause dans le fait du mariage.

Avant d'entrer dans les détails, jetons un coup d'œil rapide sur l'ensemble de la matière, afin de dégager les divisions qu'elle comporte et de les faire mieux comprendre.

Les Romains se plaisaient à entourer de nombreuses légendes la fondation de leur cité. Ce faisant, ils obéissaient, d'une part, à un amour du merveilleux naturellement inhérent au caractère romain, et, d'autre part, à un certain sentiment d'orgueil que Virgile a su admirablement traduire et résumer dans le vers célèbre où il s'écrie :

Tantæ molis erat, romanam condere gentem !

Si l'on croit ce que rapportent les historiens romains, il faudrait remonter à l'enlèvement des Sabines pour déterminer la condition primitive de la femme mariée. Bien que cet enlèvement offre un caractère mythologique qui a permis d'en critiquer l'authenticité, sans courir d'ailleurs

le risque d'une réfutation que le manque de documents sur cette matière rendait impossible, rien ne prouve qu'il n'ait pas eu lieu réellement et, en tout cas, il est permis de dire qu'il avait sa raison d'être. En effet, au milieu de toutes les discussions que soulève ce difficile problème de la fondation de Rome, il est un fait généralement admis en présence de la tradition constante qui vient l'affirmer, c'est l'ouverture d'un asile sous Romulus ou ses successeurs. Or, si ce fait est vrai, et il ne présente rien de bien extraordinaire, étant donné que plusieurs villes de l'antiquité, entre autres Thèbes et Athènes semblent s'être fondées de cette façon, on comprend sans peine qu'il fut difficile aux réfugiés de l'asile de Romulus d'obtenir des épouses chez les peuples voisins. Ceux-ci, en effet, ne pouvaient consentir à s'allier à ceux qu'ils devaient considérer comme le rebut de leurs cités, et, d'autre part, ils devaient être trop jaloux de voir s'élever à leurs côtés une ville robuste et indépendante, pour consentir à aider en quoi que ce soit à son développement. Que résulta-t-il de là ? C'est que les Romains, dès qu'ils se sentirent assez puissants, ravirent par la force ce qu'ils ne pouvaient obtenir de bon gré. Les premières femmes furent ainsi *manu captæ,* et cette situation de fait fut consacrée et légalement réglée par la loi de Romulus que rapporte Denys d'Halicarnasse.

La femme est *in manu* à l'origine ; telle est la proposition que nous poserons tout d'abord, et que nous nous réservons de justifier plus tard. Mais, que doit-on entendre par là? En présence de la généralité du mot *manus,* qui se rencontre à chaque pas, aussi bien dans le droit germanique que dans le droit romain primitif, on peut supposer qu'à l'origine, ce mot était un terme générique employé pour désigner la puissance sous laquelle une personne pouvait se trouver placée à l'égard d'une autre, et que ce n'est que

plus tard que l'on créa une désignation spéciale pour la puissance paternelle et le *mancipium*. Mais, en ce qui concerne particulièrement la femme, il faut entendre par là, suivant certains auteurs, une puissance particulière accordée au mari, sur la personne comme sur les biens de sa femme, puissance qui ne peut être comparée, d'une façon plus ou moins étendue, qu'à celle réservée à ce maître souverain qu'on nomme le *paterfamilias* sur la personne de ses enfants. Suivant d'autres auteurs, la *manus* n'est autre chose que la puissance paternelle elle-même envisagée par rapport à la femme et se confond absolument avec elle. Maintenant, comment s'acquiert la *manus* dans les premiers siècles de Rome ? comment cesse-t-elle? quels effets produit-elle ? à qui peut-elle appartenir ? Ce sont là autant de questions grosses de difficultés que nous ne pouvons qu'indiquer dans cet exposé général et que nous aurons à traiter dans le cours de cette étude.

La *manus*, si du moins l'on admet avec nous qu'elle existât nécessairement dans les premiers siècles, ne conserva pas longtemps son caractère exclusif. Et la loi des Douze-Tables, en établissant le *jus trinoctii*, vint consacrer en même temps la possibilité d'une union en dehors des règles sévères de la *manus*, union que les commentateurs modernes sont convenus d'appeller le *mariage libre*. Remarquons toutefois que si nous nous plaçons à l'époque des Douze-Tables pour parler du mariage libre, c'est surtout pour fixer les idées et non pour déterminer ainsi la date rigoureuse de son introduction dans les mœurs romaines. Il paraît certain, en effet, que cette loi a dû consacrer un état de choses déjà existant, et que l'origine de ce *merum matrimonium* doit remonter plus haut. Mais nous croyons que, dans les premiers temps de Rome, il y a eu une période pendant laquelle la *manus* était seule pos-

sible, et que le mariage libre vint coexister avec elle à une époque très peu antérieure aux Douze-Tables.

Une fois que le mariage libre eut été consacré par cette loi, sous l'influence de diverses causes, sur lesquelles les auteurs sont loin d'être d'accord, et parmi lesquelles on peut signaler les conquêtes de Rome, les mœurs étrangères, surtout l'influence des Grecs, *omnium vitiorum genitores,* dit Pline l'Ancien (*Hist. Nat.,* XV, 5), il acquit promptement une importance de plus en plus grande dans les mœurs, et c'est en l'étudiant que nous verrons poindre les premières origines du régime dotal, dont la marche devait suivre un développement si considérable et si rapide. Une transformation s'opère alors dans les rapports des époux, et le mari, en perdant son pouvoir absolu sur la personne de sa femme, cesse en même temps de pouvoir disposer des biens de celle-ci comme bon lui semble. La dot vient contre-balancer l'influence du mari et donner à la femme une indépendance contre les excès de laquelle Caton protestera vainement.

Nous aurons à suivre ainsi le développement du régime dotal sous les empereurs, et nous nous arrêterons à la fin du règne de Justinien, pour jeter un coup d'œil d'ensemble sur la condition réciproque des époux. Ici, c'est la dernière phase de l'évolution dont nous nous efforcerons de montrer la progression; elle peut se caractériser de la façon suivante : protection absolue des femmes dans leur personne comme dans leurs biens. Sous ce prince, une nouvelle législation était devenue indispensable, soit parce que la religion chrétienne, devenue la religion de l'empire, exigeait une réforme radicale, soit parce que l'on se trouvait dans une période de décadence, où les lois d'une époque de progrès devenaient inapplicables. C'est ce que comprit Justinien en dotant ses sujets d'une légis-

lation, que les circonstances elles-mêmes semblaient indiquer et dont la tendance est ainsi résumée par M. Troplong (*Contrat de mariage*, préf., p. LXXIII) : « Un esprit de protection exagérée de la femme est le véritable caractère de cette législation ; le progrès y est sacrifié ».

On voit donc, par suite de ce qui précède, que nous sommes amenés à établir pour notre sujet, les divisions suivantes : dans un premier chapitre, étude de la *manus;* nous verrons ensuite, dans une seconde partie, l'évolution subie par le mariage libre, et nous étudierons en même temps les origines du régime dotal; enfin, un dernier chapitre sera consacré à l'étude de la législation sous Justinien.

Nous devons faire remarquer, d'ailleurs, au début de cette étude, qu'en présence de l'étendue de la matière, nous nous rattacherons à écarter, autant que possible, les discussions de texte, pour nous en tenir à une exposition purement historique. C'est, d'ailleurs, à ce point de vue, que nous avons conçu le sujet et qu'il nous paraît offrir un intérêt réel.

CHAPITRE PREMIER

De la Manus.

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, à partir de la loi des Douze-Tables, c'est-à-dire de l'année 303 de la fondation de Rome, la coexistence de la *manus* et du mariage libre ne saurait faire doute. Gaius, en effet (I, § 111) et Aulu-Gelle (III, 2), nous parlent du droit réservé à la femme, par la loi des Douze-Tables, d'interrompre l'*usus* et par suite d'échapper à la *manus*. Mais c'est une question fort délicate que celle de savoir si, dès les origines de Rome, le mariage était susceptible de revêtir deux formes différentes ou bien une seule, et, dans ce dernier cas, quelle était cette forme. Nous avons déjà dit que, pour nous, la *manus* existait seule à l'origine, et que ce n'est que plus tard qu'une autre forme de mariage, plus favorable aux intérêts pécuniaires et à l'indépendance des femmes devint possible. Il nous reste maintenant à justifier cette affirmation.

Avant d'établir le système que nous adoptons sur le point dont s'agit, nous devons tout d'abord dire un mot des différents systèmes qui se sont fait jour à cet égard et les réfuter.

Un premier système soutient que la *manus*, antérieurement à la loi des Douze-Tables, n'existait que pour les Plébéiens. Ce système est professé principalement par M. Guérard, et, pour le bien saisir, il est indispensable d'examiner auparavant comment cet auteur comprend les rapports des Patriciens et des Plébéiens. Pour lui, les Patri-

ciens constituent le vieil élément, le noyau primitif, et les Plébéiens ont été amenés par l'asile. Au moment de l'ouverture de cet asile, les Patriciens formaient déjà un peuple divisé en familles; ils avaient des femmes. Les Plébéiens, au contraire, étaient venus se joindre peu à peu, isolément, à l'élément primitif, et un jour vint où, déjà nombreux, ils voulurent aussi avoir une famille, à l'exemple des Patriciens. C'est pour leur procurer des femmes qu'eut lieu l'enlèvement des Sabines, et ces femmes, ainsi enlevées, ne furent tout d'abord que des esclaves. La loi de Romulus eut précisément pour but d'améliorer leur situation. Cette loi, faite exclusivement pour les Plébéiens, tout en donnant à la plébéienne une situation supérieure à celle d'une esclave, laisse cependant subsister, en faveur du mari, les principaux droits de la puissance dominicale. Les Patriciens, au contraire, n'ayant pas eu besoin de recourir à la force pour se procurer des femmes, contractaient des unions sans *manus*.

Ce système nous paraît absolument inacceptable, quel que soit le point de vue auquel on se place. Il est tout d'abord contraire à la tradition historique, telle qu'elle nous est rapportée, soit par Tite-Live (I, ch. IX) qui nous dit formellement que les plus belles jeunes filles furent portées au domicile des premiers des Patriciens par des plébéiens qui en avaient reçu mandat, soit par Denys d'Halicarnasse (l. II) qui ne distingue nullement entre les Patriciens et les Plébéiens au point de vue de la *manus*. D'autre part, si l'on admet, avec la généralité des auteurs, que les trois modes de constitution de la *manus* existaient avant la loi des Douze-Tables, on doit bien admettre également que la *manus* accompagnait alors tous les mariages, car, si elle n'avait pas pris naissance dès l'origine par la *confarreatio* ou la *coemptio*, elle devait s'y adjoindre forcément *ex post*

facto en vertu de l'*usus*, puisque, avant cette loi, l'effet de l'*usus* ne pouvait pas être paralysé par le *jus trinoctii*. Enfin, si l'on adopte le système que nous réfutons, on se trouve conduit à dire avec M. Guérard, et contrairement à ce que rapportent tous les documents qui traitent de la matière, ainsi que nous le verrons plus tard, que, dès l'origine, la *confarreatio* n'avait lieu qu'*ad sacra tantum* et ne produisait pas la *manus*.

D'après une deuxième opinion plus facile à défendre, la *manus* aurait existé à l'origine exclusivement en faveur des Patriciens (*Hase*, p. 9 et suiv.). S'appuyant sur Denys d'Halicarnasse (II, 25), on dit en ce sens, que le mariage tel qu'il était institué par Romulus, se célébrait toujours avec la *confarreatio* entraînant la *manus ;* que tant que la cité fut soumise aux gentes patriciennes, les mariages par *confarreatio* étaient seuls valables aux yeux du droit civil ; il n'y avait d'*uxor* que la femme *in manu mariti*, et les enfants, pour acquérir la cité, devaient être issus de noces confarréatées, Mais à l'élément primitif, vint s'ajouter l'élément plébéien. Malgré le défaut de documents sur le mariage des Plébéiens, on n'hésite pas à supposer que c'est pour eux que s'introduisit une deuxième forme de mariage, le mariage libre. D'autre part, dans ce système, on pose en principe que les Plébéiens n'avaient aucune part au droit des gentes et des familles, ni au droit public ; en un mot, le droit n'existait que pour les Patriciens ; quant aux Plébéiens, ils étaient complètement hors du droit. Ce n'est que plus tard que les conquêtes de la plèbe vinrent contraindre les Patriciens à créer de nouveaux modes d'acquisition de la *manus*, la *coemptio* et l'*usus*, afin de donner aux Plébéiens une situation analogue à celle des Patriciens, sans qu'on fût forcé de les faire participer aux cérémonies religieuses de la *confarreatio*.

Ce système, bien que plus séduisant en apparence que le premier, ne nous satisfait pas cependant. Il admet, en effet, comme une vérité historique, un fait qui est loin d'être démontré. Rien ne prouve que les Plébéiens aient été absolument hors du droit, à l'origine, comme on le prétend. Il est bien vrai qu'ils étaient exclus des auspices, de la participation au droit divin et de la connaissance des formules, et que les principales charges étaient remplies par les Patriciens; mais nous croyons que les Plébéiens étaient cependant des citoyens et jouissaient des prérogatives attachées à ce titre. A l'appui de cette proposition, nous ferons valoir deux arguments: un argument de raison et un argument historique. D'abord, nous avons vu que, d'après l'opinion généralement reçue, la fondation de Rome doit être attribuée en grande partie à l'asile ouvert par Romulus. Or, il est facile de comprendre que, cherchant à accroître le plus rapidement possible la population de la ville nouvelle, ce roi a dû offrir aux nouveaux sujets qu'il cherchait à s'adjoindre, des avantages susceptibles de les attirer. On ne comprendrait pas qu'il eût refusé la protection des lois, soit pour leur personne, soit pour les biens qu'ils pourraient acquérir, à ces étrangers qui eussent été dès lors à la merci des Patriciens de beaucoup les plus nombreux. D'autre part, si on consulte l'histoire, on ne trouve mentionnée par aucun auteur, la différence capitale qui aurait séparé dès le principe les Plébéiens des Patriciens, et le moment précis où les premiers auraient acquis la possession des droits civils essentiels, entre autres la *manus*. Il semble plus logique d'admettre avec un auteur (De Fresquet, p. 140), que la situation des Plébéiens vis-à-vis des Patriciens, doit être comparée à celle des roturiers vis-à-vis des nobles dans notre ancien droit français, les nobles ayant leurs privilèges et les bourgeois

leurs franchises ; d'ailleurs, il semble bien que les riches plébéiens admis par Servius Tullius dans la première classe, devaient jouer un rôle important dans la cité.

Ces deux systèmes écartés, un seul subsiste que nous adoptons, et d'après lequel la *manus*, à l'origine, était obligatoire, soit pour les Plébéiens, soit pour les Patriciens. Pour l'établir, il nous suffira d'invoquer les considérations suivantes, qui nous semblent présenter une grande force. D'abord, si l'on se réfère à l'histoire universelle des peuples, et c'est là le moyen le plus logique et le moins hasardeux d'éclaircir un point douteux de l'histoire particulière d'un peuple, on voit que la constitution de la famille a toujours suivi une marche identique. Au début, lorsque l'homme n'a pas encore quitté l'état sauvage, il emploie la ruse ou la force pour s'emparer de la femme qu'il convoite; c'est le rapt qui vient de lui donner une épouse, si du moins l'on peut dire qu'il y ait véritablement des épouses dans cette période. Cet état de sauvagerie nous est dépeint par Horace (*Satire* I, III, V) :

Nam fuit ante Helenam cunnus teterrima belli
Causa ; sed ignotis perierunt mortibus illi,
Quos, venerem incertam rapientes, modo ferarum,
Viribus editior cædebat, ut in grege taurus.

Plus tard, la famille s'organise d'une façon régulière, et l'homme, pour épouser la femme qu'il désire, doit obtenir le consentement de ses parents, consentement qui ne lui est acquis qu'en échange d'une certaine somme, considérée comme l'équivalent de la femme. Ainsi, chez tous les peuples, à l'origine, la forme primitive du mariage est un achat. (Kœnigswarter, p. 145. — Laboulaye, p. 83 et 112). On ne voit donc pas pourquoi les Romains auraient échappé à la règle générale, et il faut admettre que si les Patriciens avec la *confarreatio* acquéraient la *manus*,

cette même *manus* était acquise aux Plébéiens par la coemption. Ce qui confirme cette manière de voir, c'est que si la femme n'a pas été acquise par la *mancipatio* elle était usucapée par une possession d'un an comme une *res mancipi*. D'autre part, et c'est le second argument que nous ferons valoir ou plutôt que nous rappellerons, car il a déjà été exposé dans la réfutation des deux systèmes contraires au nôtre, si l'on n'admet pas que la *manus* ait appartenu aux Plébéiens à l'origine, on ne voit pas quand et comment ils auraient pu l'acquérir. Enfin, il faut remarquer que l'existence de la *manus,* à l'origine, comme un fait nécessaire et universel, se trouve également rendue vraisemblable par la considération suivante; c'est qu'à l'époque de la loi des Douze-Tables, c'est-à-dire au bout de trois siècles, elle était encore considérée comme une conséquence naturelle du mariage, ainsi que le prouve l'établissement du *jus trinoctii.*

Les considérations qui précèdent et qui sont communes tout à la fois aux Patriciens et aux Plébéiens, nous paraissent suffisantes pour pouvoir admettre, avec quelque apparence de vérité, que la *manus* dans les premiers temps de Rome, était une conséquence des mariages patriciens comme des mariages plébéiens.

Nous allons étudier maintenant la *manus,* en passant rapidement sur ses modes de constitution et d'extinction, pour insister sur le point qui se rattache plus particulièrement à l'objet de notre étude, c'est-à dire les effets qu'elle produit.

SECTION I

Modes de constitution de la Manus.

Pour que la *conventio in manum*, c'est-à-dire le passage

de la femme sous la *manus* du mari puisse avoir lieu, différentes conditions sont nécessaires. Il faut tout d'abord que la femme soit citoyenne romaine ; en second lieu, que celui sous la *manus* duquel elle tombe soit aussi citoyen romain, et enfin que la *manus* résulte de l'un des trois modes suivants : *Usus*, *confarreatio* ou *coemptio*. Ce dernier mode est seul possible avec un étranger pour créer la *manus* fiduciaire dont nous parlerons plus tard, et les deux autres ne servent qu'à contracter de justes noces.

On voit, par conséquent, que la *manus* ne peut jamais être considérée comme un effet produit directement par le mariage seul. Il fallait absolument un acte spécial d'acquisition. « Par le consentement, dit M. Laferrière (*op. cit.*, I, p. 63), il y avait engagement pour toute la vie, mais il n'y avait pas nécessairement participation de la femme à la religion du foyer domestique de l'époux et aux droits de la famille : cette participation résultait des modes de célébration ou d'exécution du mariage ».

La *manus*, disons-nous, est propre aux citoyens romains ; de là résulte, qu'un pérégrin ne peut pas contracter un mariage *cum manu*, ni une pérégrine, même épousant un citoyen romain. Il en est de même des Latins Juniens, qu'ils aient ou non le *connubium*, car la concession de ce privilège ne leur donne pas la cité romaine. Mais, entre citoyens romains, il n'existe aucune différence. Par suite, l'affranchi citoyen romain peut contracter valablement un mariage *cum manu*, ainsi que l'attestent, d'ailleurs, Gaius (III, § 41) et Ulpien (XXIX, § 1). Une difficulté a été toutefois soulevée par la découverte, en 1851, près de Malaga, de la table de Salpensa, de laquelle il semble résulter que, tout en n'étant pas citoyens romains, les habitants de Salpensa pouvaient cependant avoir la *manus* sur leur femme. Sans entrer dans une discussion au cours de laquelle

l'authenticité même de la table de Salpensa a été contestée, il nous suffira d'admettre pour tout concilier, et nous croyons pouvoir le faire sans sortir des limites de la vraisemblance, que Salpensa jouissait de la faveur d'un droit latin particulier.

M. Giraud, au cours de son étude sur les Tables de Salpensa et de Malaga, dans laquelle il réfute les objections soulevées par M. Laboulaye et établit l'authenticité de ce document dans des termes qui ne permettent guère de la mettre en doute, arrive à un résultat analogue. S'occupant de la *patria potestas* dont l'existence est attestée par ces Tables, il nous dit que le *connubium*, duquel elle résulte chez les Romains, a fort bien pu être accordé aux Latins de Salpensa. Il va même plus loin et nie que l'existence d'une *patria potestas* chez les Latins présente rien d'extraordinaire. Quand Gaius nous dit qu'il n'y a guère d'autres hommes qui puissent invoquer une telle puissance, il ne veut parler que des nations étrangères, car, au moment où il écrit, les anciens Latins jouissaient depuis deux siècles déjà du *connubium* et, par suite, de la *patria potestas*. On peut même supposer que cette *patria potestas* existait déjà chez les Latins primitifs auxquels les Romains l'auraient empruntée en la réorganisant ; ou bien, si l'on n'admet pas cette hypothèse, il est du moins permis de croire que les Latins extra-italiens devaient souvent adopter le droit romain pour le gouvernement de leur famille, et c'est ce que viennent confirmer les Tables en question. Et ce qui vient d'être exposé pour la *patria potestas*, dit M. Giraud, s'applique également à la *manus* (*Tables de Salpensa et Malaga,* p. 34 et 35.) On voit que cette théorie peut parfaitement se concilier avec les principes que nous avons posés.

Gaius (I § 110) nous indique les trois modes de *conventio*

in manum que nous avons énumérés dans l'ordre suivant : *Usus, confarreatio* et *coemptio,* ordre qui se trouve reproduit par la plupart des auteurs anciens. Hugo en conclut, et son opinion est partagée par plusieurs, que c'est dans ce même ordre que ces divers modes ont pris naissance. D'après d'autres auteurs, au contraire, il ne faut voir là qu'une énumération par ordre d'importance, le dernier mode étant le plus usité.

Quel que soit le système que l'on adopte, cette discussion ne nous paraît pas offrir un grand intérêt. Disons toutefois qu'à notre avis, voici l'ordre le plus probable : la *confarreatio* serait le mode le plus ancien, étant donné son caractère spécial ; la *coemptio* aurait coexisté avec la *confarreatio*, l'une et l'autre ayant une sphère d'application différente, et l'*usus* ne serait venu s'y adjoindre que plus tard.

M. Esmein *(Revue générale du droit,* 1883, p. 10), tout en reconnaissant que la *confarreatio* est le mode le plus ancien, admet que l'*usus* a dû exister avant la *coemptio*. La *coemptio* aurait eu pour but, d'après lui, d'éviter l'année d'épreuve et d'incertitude avant que la transformation de l'union de fait des époux en mariage légitime s'opère. Il est bien vrai que l'*usus* se ramène dans le droit classique à l'usucapion, que comme celle-ci l'*usus* doit exiger une cause qui ne peut être que la volonté réciproque de l'homme et de la femme de se considérer comme époux ; ne pourrait-on pas dire que cela suppose déjà une valeur légale reconnue au mariage sans *manus?* M. Esmein écarte cette objection en disant qu'il n'y avait point dans l'*usus* une véritable possession et qu'une cause véritable ne devait pas être plus nécessaire ; qu'il est logique de croire qu'au moment de la naissance de l'*usus*, les conditions normales du droit classique pour l'usucapion ne devaient point être exigées.

Nous croyons que le caractère de la *coemptio* sur lequel nous allons insister plus loin ne permet pas d'accepter ce système et conduit à attribuer à l'*usus* une existence postérieure.

Un mot maintenant sur chacun de ces modes.

La *confarreatio* tout d'abord serait donc, d'après nous, le mode le plus ancien et le seul usité à l'origine pour les mariages des Patriciens, sans nous arrêter à l'opinion de Boëce d'après lequel elle était exclusivement réservée aux Pontifes. Telle est l'opinion formulée par M. Fustel de Coulanges *(Cité antique,* p. 47) dans les termes suivants : « Le mariage sacré par *confarreatio* devait être le plus ancien, car il correspond aux plus anciennes croyances et n'a disparu qu'à mesure qu'elles s'affaiblissaient. »

Gaius, Ulpien et Servius nous décrivent plus ou moins complètement les formalités mêmes de la *confarreatio* qui était avant tout une cérémonie religieuse. En somme, elles se réduisent à trois : 1° un sacrifice solennel au moyen d'un gâteau de *far;* 2° des paroles solennelles prononcées par les deux conjoints ; 3° la présence de dix témoins représentant probablement les dix curies de la tribu à laquelle appartenaient les époux. Sur les témoins et les paroles solennelles nous ne possédons aucun détail. Quant au sacrifice, la solennité consistait surtout dans la présence d'un gâteau de *far,* nom que l'on donne au pain dans tous les sacrifices solennels. Le grand Pontife et le flamine de Jupiter étaient présents à la cérémonie et prononçaient l'union des conjoints assis tous deux, la tête recouverte d'un voile, sur la peau d'une brebis sacrifiée (Servius, *ad Æn.,* IV, 103). On faisait intervenir l'eau et le feu ; les époux unissaient leurs mains, rompaient le gâteau et le mangeaient, et pendant toute la séance aucun présage défavorable ne devait survenir; par suite le tonnerre empêchait la *confarreatio*.

Nous avons dit déjà, et il nous reste à le prouver, que la *confarreatio* était réservée aux Patriciens. Cette preuve, nous en voyons la démonstration dans ce fait que d'abord les auteurs anciens parlent d'une façon très peu claire des formalités nécessaires pour la *confarreatio :* les uns, comme Gaius et Ulpien, disent à peine quelques mots à ce sujet ; d'autres, comme Tacite (*Annales,* IV, 16) se bornent à indiquer la difficulté de reproduire ces détails à cause de leur complexité. Ce mystère constitue déjà une présomption qui semble bien indiquer que la *confarreatio* était l'apanage exclusif des Patriciens, si jaloux de voiler aux yeux des Plébéiens les secrets des cérémonies religieuses, comme les secrets des formalités juridiques. D'autre part, la *confarreatio* s'accomplissait sous l'œil des divinités du foyer domestique et non dans un temple ; il fallait donc avoir des *sacra privata ;* or, on s'accorde pour admettre qu'à l'origine tout au moins, les Plébéiens n'avaient pas de *sacra privata ;* les Patriciens, pendant de longues années, émirent des prétentions à la propriété exclusive de la religion et toutes les fonctions religieuses étaient en leur possession. Il y aurait donc eu une impossibilité matérielle en quelque sorte pour les Plébéiens à faire usage de la *confarreatio.*

Les unions confarréatées produisaient des effets particuliers et spéciaux au point de vue religieux. Les flamines ne pouvaient se marier que par *confarreatio* et les enfants issus de ces mariages étaient employés dans les sacrifices solennels et pouvaient seuls remplir certaines fonctions religieuses, telles que celles de flamine de Jupiter, de Mars et de Quirinus et de *reges sacrorum.* Ces enfants étaient nommés *patrimi* et *matrimi ;* les jeunes filles *patrimæ* et *matrimæ* pouvaient seules être vestales. Il est probable même, nous dit M. Accarias (t. 1. § 120), que tout les sacer-

doces étaient réservés aux enfants issus des noces confarréatées, et il faudrait peut-être voir là le motif qui permit aux Patriciens de conserver si longtemps le monopole des dignités sacerdotales.

La *confarreatio* disparut peu à peu à mesure que croissait l'indifférence religieuse. Au temps de Gaius, elle n'était plus usitée qu'au point de vue religieux, et Tacite *(Ann.*, IV, 16) nous dit qu'en 776, sous Tibère, ce ne fut qu'avec peine qne l'on put trouver trois Patriciens issus des *nuptiæ confarreatæ* parmi lesquels on put choisir le flamine de Jupiter. Aussi Tacite ajoute-t-il qu'un sénatusconsulte dut intervenir pour déclarer que la femme du flamine de Jupiter ne tomberait désormais *in manu mariti* qu'en ce qui concernerait les cérémonies du culte seulement.

Passons à la *coemptio*. La *coemptio* nous apparaît (*Gaius*, 1 § 113) comme une transformation de la forme générale usitée pour la mancipation. Ici encore, il faut cinq témoins, citoyens romains et pubères, un libripens, la présence de la femme et du *coemptionator*, ce dernier jouant le rôle de celui qui acquiert le *mancipium*. La femme et le *coemptionator*, comme dans toute *mancipatio*, doivent donner leur consentement dans les formes requises par le droit civil. Et, en outre, si la femme est *in potestate*, il faut certainement la présence de son père, bien que Gaius n'en parle pas, car il doit jouer le rôle de vendeur. La femme est mancipée comme dans l'émancipation et donne son consentement, probablement avec des paroles solennelles, la vente ayant pour résultat d'éteindre la puissance paternelle, et les paroles solennelles ayant pour but de ne pas laisser la femme sous le *mancipium* du mari. Si la femme était *sui juris*, au contraire, elle se mancipait avec le consentement de son tuteur, mais il fallait le consentement de tous les tuteurs, car la *coemptio* éteignait la tutelle.

Le magistrat pouvait-il forcer le tuteur à donner son consentement ? A l'origine, la négative est certaine et même à une époque postérieure, pour les tuteurs optivi, testamentaires ou fiduciaires. Pour les tuteurs légitimes, il pourrait y avoir doute, car Gaius (1 § 192) ne cite pas le cas de la *coemptio* parmi les trois hypothèses dans lesquelles la tutelle légitime avait conservé sa force. Il faut cependant décider que le tuteur légitime ne peut pas être contraint ici à donner son consentement, car la tutelle est dans son intérêt.

Remarquons encore avec Gaius (1 § 123) que les paroles prononcées par le *coemptionator* diffèrent de celles prononcées par celui qui veut acquérir la propriété d'un esclave ou le *mancipium* sur un fils de famille, et que, par suite de cette différence, que nous ne pouvons qu'indiquer, car les documents que nous possédons ne permettent de rien préciser à cet égard et Huschke a vainement essayé de reconstituer entièrement les formalités de la *coemptio* sur la foi d'un texte de Boëce qui, écrit au cinquième siècle de notre ère, ne nous paraît mériter aucune créance, par suite de cette différence, dis-je, la femme ne se trouve placée à aucun moment, même simplement pour la forme, *in servili causâ*, ainsi que cela arrive pour l'esclave et le fils de famille mancipé par son père.

Gaius nous dit encore qu'à son époque, la *coemptio* était une vente imaginaire, *imaginaria venditio ;* on peut se demander si, à l'origine, il en était ainsi, ou bien si au contraire, dans les premiers siècles de Rome, il n'y avait pas une vente effective et réelle. Deux raisons nous amènent à adopter cette dernière solution sans hésiter : d'une part, une raison tirée de l'histoire universelle des peuples (Kœnigswarter, *Rev. de leg.*, t. XXXIV, p. 145 et suiv.), où l'on voit que chez tous les peuples primitifs, et même

chez plusieurs peuples contemporains placés à un degré inférieur dans la civilisation, l'achat constitue le mode habituel et normal du mariage. D'autre part, ne peut-on pas voir là une conséquence logique de cette puissance paternelle sans limites qui autorisait le *paterfamilias* à vendre ses enfants, à les donner *in mancipio* à un autre citoyen ; pourquoi dès lors n'eut-il pas pu donner sa fille à un époux, en stipulant un prix en retour ? Nous admettrons donc qu'à l'origine, la *coemptio* était une vente réelle et que plus tard seulement, à une époque qu'il est d'ailleurs impossile d'indiquer, même approximativement, elle dégénéra en une vente fictive, tout en restant soumise aux formes ordinaires de la *mancipatio*.

Toutefois, certains auteurs ont émis une opinion qui diffère sensiblement de la nôtre, et dont nous devons dire un mot. Au lieu d'être une mancipation, la *coemptio* serait une vente réciproque, dans laquelle la femme achèterait son mari, de même qu'elle serait achetée par lui. Dans ce système, on s'appuie en premier lieu sur un texte de Nonius (*De proprietat. sermon*, XII, 50) qui, rapportant les formalités du mariage dans l'ancien droit romain, nous dit que la femme avait l'habitude de porter trois as à son mari, dont un qu'elle tenait à la main, *tanquam emendi causâ.* On a prétendu que ces derniers mots se référaient au mari ; ce serait son mari qu'elle était censée acheter. Nous répondrons à cela que rien ne prouve que le texte précité eût rapport à la *coemptio*, et qu'il s'explique d'ailleurs parfaitement en admettant qu'il n'y a là qu'un symbole par lequel la femme déclare se soumettre à son mari et invoquer sa protection.

On invoque encore, en ce sens, deux textes : l'un de Boëce *(Com. sur les top. de Cicér.)*, l'autre d'Isidore de Séville (*Origine,* liv. V, 24) qui semblent formels l'un et

l'autre. Mais l'autorité de Boëce et d'Isidore de Séville qui écrivaient aux cinquième et septième siècles de notre ère, ne peut entrer en ligne de compte avec celle de Gaius, d'autant mieux qu'il est permis de supposer, avec quelque apparence de raison, qu'en leur qualité de littérateurs et non juristes, ils ont pu parfaitement se laisser induire en erreur par l'étymologie même du mot *coemptio*.

Rappelons ici qu'il résulte des termes mêmes de Gaius (1, §§ 112, 113) qu'à son époque la *coemptio* avait seule une application usuelle.

Il nous reste maintenant à dire quelques mots de l'*usus*. L'*usus* (Gaius, I, § 111. — Aul.-Gel., III, 2) n'est qu'une usucapion fictive de la femme par une cohabitation d'une année non interrompue pendant trois nuits consécutives. Au bout de cette année, la *manus* était acquise au mari sur sa femme. La durée de cette usucapion est conforme au droit commun des Douze-Tables, qui décident que l'usucapion sera de deux ans pour les fonds de terre, et d'un an pour toute autre chose. Cette durée se comptait, ainsi qu'il résulte d'un passage d'Aulu-Gelle (*Nuits attiques*, III, 2), non pas *a momento ad momentum*, mais, d'après le calendrier civil, de jour à jour, chacun durant *a media nocte ad mediam noctem*.

On peut se demander si, à défaut de l'exercice du *jus trinoctii*, toutes les femmes tombaient sous la *manus* de leur mari. On aurait décidé sans hésiter l'affirmative, sans un passage de Cicéron (*Pro Flacco*, 34). Ce passage prouve, nous dit M. de Caqueray (*op. cit.*, p. 34) : « 1° Que la femme *sui juris* ou *alieni juris* ne pouvait, sans l'*autoritas* de son tuteur ou la permission de son père, tomber *in manu mariti*. Le père ou le tuteur pouvait interrompre l'*usus* à l'aide de la *trinoctii usurpatio*. » Remarquons tout d'abord, à propos de ce passage, que Cicéron parle de

l'*usus* comme étant en vigueur à son époque, tandis que Gaius nous dit que, de son temps, il est complètement tombé en désuétude. Quoi qu'il en soit, il résulte du texte de Cicéron que l'usucapion devient impossible si les tuteurs s'y opposent. Quant au *trinoctium*, Gaius le fait remonter à la loi des Douze-Tables, sans que l'on puisse déterminer exactement si ce fut là une innovation ou bien plutôt la consécration d'un état de choses déjà existant.

SECTION II

Effets de la Manus.

Quels que soient les auteurs que l'on consulte au sujet des effets produits par la *manus*, on trouve toujours ces effets résumés dans cette simple formule : la femme *in manu* est *loco filiæ;* elle devient la fille de son mari et, par conséquent, abandonne la famille de son père pour passer dans celle de son époux, avec toutes les conséquences qu'entraîne ce changement de famille; citons, à titre d'exemple, celle relative à l'agnation ; elle devient l'agnate des agnats de son mari et cesse de l'être de ceux de son père. Ces conséquences se produisent, soit que le mari se trouve en puissance ou qu'il soit *sui juris*. Mais, dans le premier cas, la *manus* est exercée par le *paterfamilias;* la femme est toujours *loco filiæ* par rapport à son mari, mais elle devient *loco neptis* par rapport à celui qui exerce la puissance. En pareil cas, donc, ce n'est qu'à la mort du *paterfamiliæ* que les droits résultant de la *manus* pourront être exercés par le mari.

Pour bien comprendre comment les choses se passaient, il est indispensable d'avoir une conception exacte de l'organisation de la famille romaine. La *familia* au lieu d'avoir pour base le lien du sang, comme dans notre droit

moderne, est fondée sur un lien civil, l'agnation. Elle constitue, dans la société romaine, une sorte de société particulière ayant un chef, le *paterfamilias*, investi d'une autorité à peu près sans limites sur toutes les personnes qui sont soumises à sa *potestas*. Ce *paterfamilias* est le seul qui soit *sui juris*, qui ait une capacité complète et une indépendance absolue. Son rôle est à certains points de vue celui d'un magistrat; il est investi d'une juridiction même criminelle sur les membres de la *familia*. Le pouvoir absolu du père sur la personne existe également sur les biens. C'est lui qui administre le patrimoine commun et qui en dispose à son gré. Le *filiusfamilias* est considéré comme co-propriétaire du patrimoine de la famille; mais, pendant la vie du chef de la famille, il est privé de l'exercice de son droit de propriété. Le père de famille peut même, en prévision de sa mort, priver tel ou tel de ses fils de sa part dans le patrimoine commun; il le peut en vertu de cette magistrature domestique qui lui permet pour une faute grave de le condamner à mort. Ceci posé, le jour où un fils de famille contractait un mariage *cum manu* qu'allait-il arriver? Le *filiusfamilias* ne pouvait pas évidemment invoquer les droits résultant de la *manus* sur la personne ou les biens de sa femme, puisque, ainsi que nous venons de le dire, il ne pouvait y avoir dans la famille qu'une autorité, celle du *pater*. C'est donc le *paterfamilias* qui allait profiter de la *manus*, et cela, en vertu de son titre même de chef de la famille; c'est en ce sens que l'on a dit que la puissance maritale n'existait pas à Rome et qu'elle se confondait avec la puissance paternelle. Supposons, maintenant, que la mort du père survenant vienne rendre le *filiusfamilias sui juris*. Nous verrons dans le cours de cette étude que, même dans cette hypothèse, les effets de la *manus* sont identiques à ceux que

produit la puissance paternelle, et que, par suite, on peut dire que la *manus* n'est autre que cette puissance paternelle envisagée comme portant sur la femme. En somme, il n'y aurait d'autre différence entre la *manus* et la *patria potestas* que celle résultant du fait qui leur donne naissance, la première ayant pour cause l'emploi des modes que nous avons étudiés plus haut, et la seconde se produisant par cela seul que des *justæ nuptiæ* avaient été contractées. Nous supposerons donc désormais, dans tout le cours de notre étude sur la *manus*, qu'elle appartient à un mari *sui juris*, à un *paterfamilias*.

Du reste, la condition de la femme mariée à Rome était assez particulière. Tandis que les textes de lois définissent soigneusement la situation du *paterfamilias* et celle des enfants, celle de la mère est laissée dans l'ombre. Il semble donc résulter de là, comme le dit M. Labbé (*Rev. Histor.*, p. 16), que la femme, contrairement à ce qui se passe dans notre droit moderne, n'avait pas dans la famille romaine une fonction définie, celle de transmettre la légitimité. La constitution de la famille et l'établissement de la paternité légitime, dépendaient du *paterfamilias* qui, usant de son pouvoir souverain, pouvait refuser l'entrée dans la famille à l'enfant issu du mariage en vertu de sa seule volonté, à l'origine tout au moins. Cette idée de la volonté du père de famille dominant dans la constitution de la famille légitime, est d'ailleurs résumée dans la maxime *ne cui invito heres suus agnascitur*. Ce principe a pour effet de séparer deux choses intimement unies dans nos idées modernes, la naissance légitime et l'agrégation à la famille civile ; en d'autres termes, la qualité de membre de la famille chez l'enfant ne doit pas être considérée comme une conséquence nécessaire d'une qualité semblable chez la mère. Et cela permet de comprendre facilement com-

ment dans le mariage libre, bien que la femme ne fût pas dans la famille de son mari, les principes ne s'opposaient pas cependant à ce que cette union eût pour résultat de conférer la légitimité aux enfants qui en étaient issus. (V. M. Labbé, *Rev. Histor.*, 1887, p. 8 et suivantes).

Le *manus,* faisant sortir la femme de la famille de son père, entraîne toujours une *minima capitis deminutio.* C'est là l'opinion de la majorité des auteurs et nous l'adoptons pleinement, sans nous attacher au système introduit par quelques interprètes, entre autres par Savigny (t. II, app. VI) pour lesquels la femme tombant *in manu* ne serait *capite minuta* que si auparavant elle était *sui juris,* parce que la *minima capitis deminutio* exigerait une diminution effective de capacité. Cette théorie nous paraît inadmissible en présence de la généralité des textes de Gaius (I, § 162) et d'Ulpien (XI, 13) qui ne font aucune distinction.

D'autres auteurs ont provoqué une controverse plus sérieuse et qui nous arrêtera davantage. Elle porte en effet sur le point même de savoir quel est le véritable caractère que l'on doit reconnaître à la *manus.* Pour certains, le changement de famille qu'opère la *manus* serait exclusivement relatif aux rapports pécuniaires des époux ; ce n'est qu'à ce point de vue que la femme deviendrait *loco filiæ* vis-à-vis de son mari. Quant aux droits de ce dernier sur la personne de sa femme, ils ne seraient nullement modifiés par la *manus,* car il faudrait rechercher leur cause uniquement dans le fait du mariage lui-même ; en d'autres termes l'effet reconnu au mariage *cum manu* en ce qui concerne la personne de la femme, proviendrait non pas de la *manus,* mais des justes noces.

Ce système, reproduit dans ces dernières années par M. Gide avec son talent habituel, a été soutenu principale-

ment par M. Hase qui d'ailleurs n'admet pas que le mariage *cum manu* produise tous les effets que nous lui reconnaîtrons tout à l'heure. Pour lui, il faut bien le dire, cette opinion particulière n'est que la conséquence d'une théorie générale dont nous devons dire quelques mots. Cette théorie, que M. Hase expose au début même de son ouvrage sur la *manus*, et pour permettre précisément d'en déterminer plus facilement le caractère, est celle des personnes *sui* et *alieni juris*. Ordinairement, nous dit-il, on fait reposer la division des personnes en *sui* et *alieni juris*, sur l'idée de la *potestas*. Ceux qui ne sont soumis à aucune *potestas* seraient *sui juris*, tandis qu'on appelle au contraire *alieni juris*. les personnes soumises à la *potestas* du *paterfamilias*, à la *manus* ou au *mancipium*. Mais ceci est faux, car on arrive ainsi à faire entrer dans la division des personnes *sui* et *alieni juris* plus qu'elle ne comprend en réalité. Pour faire comprendre cette distinction il faut tout d'abord déterminer le sens du mot *jus*, et ce sens, d'après M. Hase, est le même que dans les expressions suivantes : *succedere in universum jus defuncti, in jus demortui, in omne jus testatoris*. Il résulte de là que la seule distinction à établir d'après lui entre les personnes *alieni juris* et *sui juris*, c'est que, tandis que ces dernières acquièrent tout pour elles-mêmes, les premières ne peuvent rien avoir à soi, mais ce qu'elles acquièrent appartient à leur père ou à leur maître qui possède leur *jus*. Cela résulterait de Gaius (II, § 87 et 90). Donc, pour lui, dire que la femme *in manu* est *alieni juris*, cela n'implique nullement que sa personne soit soumise à l'autorité de son mari, mais seulement qu'elle est incapable de rien acquérir en propre.

M. Gide s'est borné à reproduire cette théorie en décidant que la *manus* ne confère par elle-même aucun droit sur la personne de la femme et ne s'exerce que sur les biens.

Cette doctrine nous paraît inadmissible. Pour nous l'effet de la *manus* est double ; il se produit tout à la fois à l'égard de la personne de la femme et à l'égard de ses biens. Tout d'abord, en effet, ce qui est certain et hors de toute discussion, c'est que la femme appartient à la catégorie des personnes *alieni juris*. La seule difficulté consiste à savoir comment ces mots doivent être interprétés, si l'on peut admettre que le mot *jus* comporte un droit sur la persoune. A notre avis cela n'est point douteux. Il semble en effet plus logique, pour déterminer le sens de ce mot, de s'en tenir à l'idée même de commandement exprimée par le radical *jussum*, que de s'appliquer à rechercher diverses hypothèses particulières où ce mot *jus* semble surtout se référer à des intérêts pécuniaires. Un autre argument peut être tiré en ce sens de la place même qui est donnée par tous les auteurs à la *manus* entre la *potestas* et le *mancipium*, toutes les fois qu'il s'agit de traiter de la division des personnes *sui* et *alieni juris*. Or il est un point que nul ne songe à contester, c'est que la *potestas* et le *mancipium* entraînent tout à la fois un pouvoir sur la personne et sur les biens de l'individu qui y est soumis ; il semble bien qu'il doive en être de même de la *manus*, et que c'est précisément par suite de cette analogie de conséquences que ces trois termes se trouvent toujours réunis.

Enfin on peut encore trouver dans les modes de constitution de la *manus* un fait qui vient à l'appui de ce que nous venons d'exposer. On sait en effet que la *manus* produisait des résultats identiques qu'elle ait eu pour cause la *coemptio*, l'*usus* ou la *confarreatio* peu importe. Or en ce qui concerne ce dernier mode, il paraît bien difficile de soutenir qu'il ne s'est introduit qu'en vue de régler les rapports pécuniaires des époux. Les formes mêmes de la *confarreatio* nous paraissent indiquer d'une façon non équi-

voque ce double effet de la *manus* relatif d'une part aux rapport personnels et moraux des époux et d'autre part à leurs rapports pécuniaires.

Nous allons étudier maintenant avec quelques détails d'abord, les droits que la *manus* vient donner au mari sur la personne de sa femme, et, en second lieu, les droits qui lui appartiennent sur les biens de celle-ci.

§ I. — *Droits conférés par la manus au mari, sur la personne de sa femme.*

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué en tête de ce chapitre, on rencontre chez tous les auteurs une expression identique pour caractériser la situation de la femme *in manu;* c'est qu'elle est *loco filiæ* par rapport à son mari. Mais on ne s'accorde plus, quand il s'agit de déterminer quel est au juste le sens de ces mots. Faut-il en conclure à une identité parfaite entre le pouvoir appartenant au mari sur sa femme *in manu* et la puissance appartenant au *paterfamilias* sur sa fille *in potestate;* ou bien faut-il, au contraire, distinguer entre les différents attributs de la puissance paternelle et n'accorder que certains de ces droits au mari, tandis qu'on lui refuserait les autres ? La question est encore controversée de nos jours et se rattache intimement au point examiné plus haut et relatif à la détermination du véritable caractère de la *manus.* Sans examiner à fond immédiatement cette controverse, nous allons dire en deux mots, quelle est notre opinion à cet égard, et quels sont les motifs qui nous l'ont fait adopter ; puis, nous passerons en revue les principaux droits de la puissance paternelle, et nous verrons, en les étudiant, quels sont ceux qui appartiennent sans conteste au mari, et quels sont, au contraire, ceux pour lesquels la discussion s'est élevée.

Pour nous, il y a identité parfaite entre la *patria potestas* et les pouvoirs du mari sur sa femme *in manu*. Indépendemment des arguments que l'on peut tirer des textes qui nous paraissent formels en ce sens, comme nous essaierons de l'établir, il y a un motif de raison qui nous paraît absolument décisif en notre faveur. Si, en effet, on se transporte aux premières origines de l'histoire romaine, nous avons vu qu'alors la famille était constituée principalement, on pourrait même dire exclusivement, en vue de la puissance paternelle. Cette puissance, établie sur les bases rigoureuses que l'on sait, et que les Romains revendiquent comme n'existant que chez eux, avait une généralité et une étendue telle, qu'il était impossible de concevoir qu'un fils ou une fille pût y être soustrait. Lors donc qu'une fille se mariait, qu'allait-il se passer? Si le *paterfamilias* avait conservé sa puissance, l'étendue de celle-ci aurait amené des conflits incessants entre le *paterfamilias* et le mari. Pour parer à ce danger, il y avait un remède bien simple; c'est que le premier se dépouillât de son autorité, et la transmît dans son intégralité au mari de la famille duquel faisait désormais partie la *filiafamilias*. Et nous croyons, en effet, que c'était ainsi que les choses devaient se passer; la *manus* n'était que la *patria potestas* elle-même qui, éteinte entre les mains du *paterfamilias*, revivait entre les mains du mari, au moyen de l'un des modes énumérés plus haut. Et l'argument que nous venons de tirer de la constitution même de la famille romaine, se trouve fortifié par la considération suivante : on sait que le peuple romain, à son origine, était voisin de l'époque patriarcale; or, l'un des caractères distinctifs de cet état, est précisément l'identité de situation entre la fille et la femme mariée.

Contre ce qui précède, on objectera peut-être que l'argu-

ment que nous avons fait valoir est loin d'avoir toute la force que nous paraissons y attacher, et qu'il se trouve combattu par ce qui se passe dans le cas où le mariage a été contracté en l'absence de *manus*, quand il s'agit d'un mariage libre. Alors, en effet, il est hors de doute que le *paterfamilias* conserve sa puissance sur sa fille; il pourra donc y avoir des conflits entre l'autorité du père et celle du mari, et l'argument que nous avons présenté pour la *manus*, en basant la transmission de la *patria potestas* sur la nécessité de prévenir ces conflits, perd ainsi la plus grande partie de sa valeur. Cette objection ne nous arrêtera pas cependant. En effet, pour la faire tomber, il suffit de faire remarquer que dans l'opinion que nous avons adoptée, le mariage avec *manus* existait seul à l'origine, que le mariage libre ne vint s'y joindre que plus tard, et qu'à cette époque, il est permis du moins de le conjecturer, la puissance paternelle avait déjà commencé à perdre une partie de sa rigueur primitive. D'autre part, on peut dire que l'on avait prévu, précisément, la possibilité de conflits entre le père et le mari, et qu'il entrait dans les attributions du tribunal domestique, sur lequel nous nous expliquerons plus tard, de les régler.

Voyons maintenant, sans nous livrer à une énumération fastidieuse de tous les droits réservés à la puissance paternelle, les principaux d'entre eux, tout au moins, et particulièrement ceux qui font naître des difficultés quand il s'agit de les étendre à la *manus*.

Propriétaire unique de la *familia*, et l'on sait ce qu'il faut comprendre sous cette dénomination, le *paterfamilias* avait, à l'origine, sur chacun de ses membres, droit de vie et de mort. Ce droit, sur la personne des enfants, se conserva très longtemps, et il n'est pas besoin de longues recherches dans le *Digeste* ou les historiens pour trouver

nombre de texte qui en font mention (L. 2, D., XLVIII, 8; — Denis d'Hal II, 26; — *Coll. leg. mos. et rom.*, IV, 8). Mais les mêmes textes qui nous apprennent l'existence de ce droit entre les mains du père de famille nous indiquent aussi qu'il ne s'exerçait que sous certaines restrictions. Toutes les fois que le père, en sa qualité de magistrat domestique, avait à prononcer une sentence grave, il s'entourait d'un conseil de parents et d'amis qui devaient participer au jugement (Tite-Live, II, 61). Toutes les fois que le père prononçait la peine de mort contre un de ses enfants en cette seule qualité et non comme investi de fonctions publiques lui donnant pleins pouvoirs à cet effet, il était obligé par la loi de prendre l'avis du conseil dont nous venons de parler, faute de quoi il pouvait être condamné lui-même.

Faut-il étendre le même droit au mari qui a sa femme *in manu?* Nous répondrons oui sans hésiter, mais nous reconnaîtrons aussi que, ici encore, ce pouvoir était soumis à certaines restrictions. Il est probable que les cas où ce droit de vie et de mort était accordé au mari étaient déterminés par la loi de Romulus. Denys d'Halicarnasse (II, 8) nous en parle; il nous dit que la femme qui avait outragé la pudeur ou bu du vin était jugée par son mari et le tribunal de famille; il ajoute qu'il en fut ainsi longtemps, et que les parents se montraient impitoyables : « *et diu duravit hoc utrumque apud Romanos, ita ut inexorabilis esset ira.* » Valère Maxime, rapportant l'histoire d'Egnatius Metellus faisant mourir sa femme sous le bâton parce qu'elle s'était enivrée, prend soin d'ajouter que ce fut d'un excellent exemple pour ses concitoyens.

Des textes qui précèdent, il est donc certain que le mari put, dans certains cas, prononcer la mort de sa femme. Mais ces textes ne disent pas qu'il s'agit de femmes *in manu*,

et alors la question se présente de savoir si ce pouvoir exorbitant résultait de la *manus* ou au contraire du fait du mariage lui-même. Nous croyons, pour notre part, que c'était là un résultat de la *manus,* car, dans le mariage libre la puissance paternelle étant restée entre les mains du *paterfamilias,* c'était ce dernier et non le mari qui devait en exercer les attributs; or, nous avons vu que le droit de vie et de mort figurait parmi ceux-ci. D'ailleurs, en se plaçant à un point de vue purement historique, il est logique de croire que la puissance sur la femme *in manu* fut absolue dans les premiers usages et que ces usages firent loi.

Nous avons vu que le droit de vie et de mort n'appartenait au *paterfamilias* que sous certaines restrictions, et nous avons dit qu'il en était de même en ce qui concerne le mari; pour juger sa femme, il devait, lui aussi, être assisté du tribunal de famille. C'est ce que nous dit Denys d'Halicarnasse; il indique que les cognats de la femme jugeaient celle-ci avec le mari quand il s'agissait de fautes très graves. Polybe nous apprend, dans son sixième livre, que la prohibition faite aux femmes de boire du vin était assurée par l'obligation où elles se trouvaient de baiser sur la bouche leurs parents et ceux de leur mari jusqu'au sixième degré. On peut conjecturer que cette limite du degré de parenté où s'arrêtait le droit de constater la violation de la loi servait encore à déterminer la liste des parents qui formaient le tribunal de famille.

Passons maintenant au droit de vente et c'est ici surtout que la controverse s'accentue relativement à l'assimilation de la femme *in manu* à une *filiafamilias.* On sait en effet que le père, jusqu'à Constantin qui le permit encore, eut le droit de vendre ses enfants, non pas seulement d'une manière fictive, pour leur procurer l'émancipation, mais

bien d'une manière réelle. Sous ce prince, cette vente ne fut plus possible que lorsque les parents invoquaient pour motif une extrême misère, *propter nimiam paupertatem, egestateque victus,* et lorsqu'il s'agissait d'enfants naissants (C. C. 1, 2. C. IV, 43). Mais ces restrictions mêmes sont une preuve évidente que, dans les premiers siècles de Rome, le père put, quand bon lui semblait, vendre les enfants qu'il avait en sa puissance.

Dans l'opinion que nous combattons, on nie que ce droit puisse être étendu au mari qui a sa femme *in manu* (Gide, p. 134). D'ailleurs on émet là une pure affirmation que rien ne vient appuyer. On a bien invoqué en ce sens, il est vrai, un texte de Denys d'Halicarnasse *(Ant. Rom.*, II, 8) qui refuse au père le droit de vendre son fils, lorsque ce fils s'est marié avec son consentement. Mais la loi dont il est question, attribuée à Numa, avait un motif qui nous est indiqué par Plutarque *(Vie de Numa,* XXII*)* en ces termes : « *Durum enim putabat mulierem quæ ut libero nupserat, servi uxorem esse.* » Or ce motif n'existait pas du côté du mari, la femme s'était soumise à sa *manus* et avait accepté sa puissance; on ne voit pas pourquoi il ne l'aurait pas mancipée. D'autre part Gaius (I, § 118) nous dit formellement que la femme *in manu* peut être mancipée par celui sous la puissance duquel elle se trouve, et cette même proposition est reproduite par Festus *(V° Remancipata)* qui s'exprime ainsi : « *Gallus Ælius remancipatam eam esse ait, quæ mancipata sit ab eo cui in manum convenit.* » Il nous paraît donc résulter de ces textes d'une façon évidente que le mari put à l'origine vendre sa femme; toutefois on peut dire que si la vente des femmes fut reçue dans les mœurs, elle dut en disparaître avant celle des enfants et qu'il ne put en être question dès que les Préteurs commencèrent à mettre un frein à l'exercice des droits du père.

Le mari pouvant manciper sa femme, il faut en conclure qu'il peut en faire abandonnoxal. Lorsqu'en effet on a voulu soutenir le contraire, on invoquait uniquement ce fait dont nous venons de démontrer la fausseté, que le mari ne pouvait soumettre sa femme qu'à un *mancipium* fictif. Mais il résulte des textes mêmes de Gaius, que nous avons cités plus haut (I, §§ 117, 118), qu'au temps de ce jurisconsulte, la *mancipatio* existait encore, le plus souvent fictive il est vrai, mais dans certains cas réelle pour les enfants des deux sexes, et, dans un autre passage (IV, § 75), il nous dit que l'abandon noxal avait encore lieu à son époque pour les fils. Il paraît donc certain que l'abandon noxal fut possible pour le mari dans une certaine période de l'histoire romaine.

Le mari peut-il donner sa femme en adoption à un tiers? Ici encore, la controverse se reproduit. Les auteurs qui admettent que la *manus* diffère dans son essence même de la puissance paternelle, en concluent logiquement que le mari n'ayant pas la *potestas,* ne peut la transmettre à un tiers. M. Hase, exposant cette théorie, s'appuie sur ce fait que la personne qui a le *mancipium* sur un individu, ne pourrait pas céder à un tiers la puissance paternelle sur le même individu; ce droit n'appartiendrait qu'au père. Il en voit la preuve dans le texte même de Gaius (I, § 134) d'après lequel le fils de famille devait être rémancipé au père, après avoir été l'objet de trois mancipations successives de sa part, pour que celui qui voulait l'adopter le revendiquât; après ces trois mancipations, la puissance paternelle se trouvait éteinte, et cependant celui qui avait le fils de famille *in mancipio* ne pouvait pas le donner en adoption; par une anomalie étrange et qui mérite d'être signalée, c'est le père qui, après avoir perdu sa puissance, allait la faire acquérir à l'adoptant. Cet argument dont la valeur

était déjà contestable, alors que le texte de Gaius dont s'agit, présentait unelacune sur l'interprétation de laquelle on était loin d'être d'accord, a été renversé par les travaux de M. Studemund. Il résulte, en effet, des recherches auxquelles il s'est livré pour reconstituer le § 134, qu'une fois la puissance paternelle détruite par l'effet d'une triple mancipation de la part du père, celui qui avait l'enfant *in mancipio* pouvait le donner personnellement en adoption. Pourquoi le mari n'aurait-il pas eu le même droit, lorsque la *manus* avait fait disparaître la puissance paternelle?

Parmi les principaux autres droits étrangers aux biens accordés au mari sur sa femme *in manu*, on peut citer le droit de la répudier. Si nous en croyons Plutarque (*Vie de Romulus*, 22), ce droit aurait appartenu au mari dès Romulus, avant de passer dans la loi des Douze-Tables. Il appartenait en propre au mari et sans réciprocité pour la femme à l'origine, d'après le même auteur; et les droits de celle-ci ne commencèrent, en ce qui concerne la dissolution du lien conjugal, qu'après l'introduction du divorce. Ceci semble contredit, il est vrai, par un texte de Gaius (I, § 137), sur lequel on s'est appuyé pour prétendre que la femme pouvait rompre la *manus* en envoyant à son mari le *repudium*, ce qui démontre bien, ajoute-t-on incidemment, qu'elle n'était pas soumise à celui-ci comme une fille à son père. Nous ferons à cela une réponse bien simple, c'est que le texte de Gaius n'est pas conçu dans des termes assez formels et assez clairs pour pouvoir en tirer un argument absolument décisif, et que rien ne prouve en somme qu'il n'ait pas en vue un *repudium* envoyé par le mari.

Comme le dit M. Esmein (*op. cit.*, p. 127), on pourrait traduire ainsi ce passage : « La femme *in manu*, lorsque son mari lui a envoyé le *libellus repudii*, peut forcer celui-ci à la remanciper. » Cela s'explique, car, malgré le divorce, le

mari aurait pu vouloir continuer à exercer la *manus* sur sa femme, et c'est là ce que la loi aurait empêché. Toutefois, il faut convenir qu'à l'époque de Gaius, le mot *repudium* désigne aussi le divorce provoqué par la femme. Mais rien ne prouve qu'il en ait été de même auparavant. Au contraire, nous voyons que la loi Julia ou Papia Poppæa interdit le divorce à l'affranchie qui a épousé son patron, tandis que celui-ci peut la répudier; on peut très bien supposer qu'il n'y avait pas là une innovation législative, et que la loi en question s'est bornée à copier un ancien type qui devait être le mariage *cum manu*.

Un autre attribut de la *manus* était le droit pour le mari de prolonger sa puissance même après sa mort, en nommant à sa femme, par testament, un tuteur qui exercerait la puissance sur elle. C'était là, d'ailleurs, également un attribut de la puissance paternelle. Toutefois, remarquons que si le mari pouvait nommer un tuteur à sa femme, comme un père à sa fille, il ne pouvait pas, comme celui-ci, lui substituer pupillairement. Et cela, du reste, par un motif étranger à la *manus;* la fille, à laquelle son père substituait pupillairement, était nécessairement au-dessous de douze ans, tandis que la femme était, au contraire, nécessairement pubère. Le mari pouvait même laisser à sa femme par son testament le choix de son tuteur, et ce pouvoir n'appartenait qu'à lui. Tite-Live nous cite un cas où ce droit fut accordé par un sénatusconsulte, mais il se hâte d'insister sur le caractère exceptionnel de ce fait (1, 39, 19)

Tels sont les principaux droits qui appartiennent au mari sur la personne de sa femme *in manu;* et, après les avoir successivement passés en revue et discutés, nous croyons pouvoir conclure que la *manus* était identique à la *patria potestas;* que, lorsque nous lisons dans les textes

que la femme *in manu* était considérée comme la *filiafamilias* de son mari, il faut entendre ces mots dans leur sens littéral, en leur donnant toute l'étendue dont ils sont susceptibles. Nous repoussons donc absolument l'opinion qui voudrait restreindre cette expression, et n'assimiler la situation de la femme *in manu* à celle d'une *filiafamilias* qu'en ce qui concerne les biens, dont nous allons maintenant nous occuper.

§ II. — *Droits conférés par la manus au mari sur les biens de sa femme.*

On ne saurait mieux faire, pour résumer les pouvoirs du mari sur les biens de sa femme *in manu*, que de citer les propres paroles d'Ulpien : « *Acquiritur autem nobis per eas personas quas in potestate, manu mancipiove habemus. Itaque si quid mancipio puta acceperunt, aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. Item si heredes instituti legatumve eis sit....* »

Le principe général auquel se rattache tout ce que nous allons dire relativement aux biens de la femme, est donc le suivant : celui qui se trouve en la puissance d'autrui par suite de *potestas, manus* ou *mancipium* ne peut rien avoir lui-même en propriété. C'est là ce que nous dit également Gaius (II § 87) qui lui, ne nous parle que de la *potestas*. Mais Ulpien, voyant là l'expression d'un principe juridique, développe ce mot en y faisant rentrer la *manus* et le *mancipium* et, par suite, on est conduit forcément à cette conséquence, que tout ce que ces personnes recevaient par mancipation ou par tradition, ce qu'elles stipulaient ou ce qu'elles acquéraient par une cause quelconque, était acquis non pour elles, mais pour le chef de la famille.

Ceci posé, quand il s'agit d'entrer dans les détails de la

matière, et d'envisager les divers droits qui appartiennent au mari sur les biens de sa femme, une division s'impose ; il faut voir tout d'abord, ce qu'il advient des biens que la femme possédait avant la *conventio in manum mariti*, et ensuite, quelle est la condition juridique de la femme en ce qui concerne ses biens, pendant la durée de la *manus*.

I. Parlons d'abord des biens que la femme pouvait posséder avant la *conventio in manum*. Cela laisse évidemment à suppposer qu'il s'agit d'une femme *sui juris*, car si la femme était *alieni juris* avant la *manus*, elle ne pouvait rien posséder en propre et, par suite, sa situation n'est pas modifiée. Occupons-nous donc de la femme *sui juris;* l'effet de la *manus* est précisément de la rendre *alieni juris ;* par suite, tous les biens qui se trouvaient jusqu'alors dans son patrimoine, passent dans celui de son mari. Il se produisait ici un fait analogue à ce qui se produit dans l'adrogation d'un fils de famille ; il s'opérait une *minima capitis deminutio*. Gaius nous explique d'une façon complète comment a lieu cette dévolution des biens de la femme (III, § 83, 84). Il trace une division bien tranchée, entre les biens corporels et incorporels qui sont acquis au mari, et les dettes personnelles de la femme qui sont éteintes *jure civili* par l'effet de la *capitis deminutio;* toutefois, Gaius ajoute que le Préteur, en pareil cas, donne une action utile contre la femme et que, si elle n'est pas défendue contre cette action, les créanciers peuvent être autorisés à vendre tous les biens qui lui auraient appartenu, si elle ne s'était pas soumise au droit d'autrui.

Tout ce que la femme avait dans son patrimoine ou dont elle était créancière passe au mari de plein droit, sans que la tradition soit nécessaire. Il n'y a d'exception que pour quelques droits que la *minima capitis deminutio* encourue vient éteindre. Gaius (III §§ 83, 114) en cite

trois : l'usufruit, l'obligation des *operæ* des affranchis et un troisième qui a donné lieu à des difficultés.

Parlons d'abord de l'usufruit. A l'usufruit, il faut, au point de vue qui nous occupe, assimiler l'usage. Quant aux autres servitudes personnelles, l'habitation et les *operæ servi*, elles sont conservées et subsistent après la *manus*. Pour l'usufruit lui-même, s'il avait été légué *in singulos annos*, *menses ou dies*, on admit de bonne heure qu'il ne serait éteint que pendant l'année, le mois ou le jour où la *capitis deminutio* serait intervenue. Plus tard, afin d'éviter que l'usufruit ne s'éteignît un seul jour, on créa et on prit l'habitude d'employer les formules suivantes : *quotiensque capite minutus erit*, ou bien *quotiens amissus erit ususfructus, ei do lego.*

En second lieu, Gaius nous cite l'obligation des *operæ* des affranchis contractée par serment. Tous les textes, en effet, s'accordent à nous dire que cette obligation n'a de valeur qu'entre la personne même du patron et celle de l'affranchi, et qu'elle ne peut être transférée à nulle autre.

En ce qui concerne le troisième droit qui ne passe pas dans le patrimoine du mari, nous avons signalé l'existence d'une controverse qu'on peut considérer comme terminée aujourd'hui. Le texte de Gaius présentait, en effet, dans sa partie finale, une lacune pour laquelle on a offert diverses restitutions; mais on s'accorde actuellement à lire ainsi ce texte : « *et quæ continentur legitimo judicio* »; c'est-à-dire qu'il s'agit ici du droit que la femme demanderesse dans un *legitimum judicium* acquiert par l'effet de la *litis contestatio*. La raison de cette différence entre les *judicia legitima* et *imperio continentia* est que dans ces derniers, la personne d'un pérégrin intervenait; par suite, la *minima capitis deminutio* qui s'applique exclusivement au droit civil, ne pouvait produire les

mêmes effets que lorsque toutes les parties étaient des citoyens romains.

Les trois cas que nous venons d'examiner ne sont pas les seuls. Dans le § 83, Gaius ne donne qu'une liste énonciative. C'est ainsi qu'au § 114 du Commentaire III, il cite encore le cas de la créance résultant d'une *adstipulatio* comme éteinte par suite de la *capitis deminutio* qu'entraîne la *manus*.

Passons maintenant aux dettes de la femme. Le principe ici est que, à l'inverse de ses créances, elles sont éteintes, et cela, par un effet propre à la *minima capitis deminutio* encourue. A cette règle, on ne tarda pas à apporter quelques exceptions. On admit d'abord que les dettes grevant une hérédité recueillie par la femme subsistent et que le mari en est désormais tenu, de même qu'il profite de l'actif de la succession (V. M. Accarias, t. II, p. 165, n. 3). En second lieu, subsistent encore les dettes provenant d'un délit ou d'un quasi-délit de la femme (L. 2 § 3. D., IV, 5). Enfin, une dernière exception s'appliquait au dépôt (L. 21 § 1. D., XVI, 3). Si la femme a reçu un dépôt, la *capitis deminutio* qui se produit ne mettra pas obstacle à l'exercice de l'action contre elle. Sauf ces éxceptions, toutes les dettes de la femme sont éteintes; mais, comme nous l'avons déjà fait observer, elles sont éteintes *jure civili* seulement, et laissent subsister une obligation naturelle. Cela ne suffisait pas pour sauvegarder les droits des créanciers. Aussi le Préteur dut-il venir à leur secours dans son édit, en déclarant qu'il rescinderait la *capitis deminutio* et donnerait aux créanciers une action *utile fictice* contre la femme. (L. 2 § 1 D., IV, 5). Ces actions, à la différence des autres restitutions *in integrum*, étaient perpétuelles.

La différence que nous venons de signaler entre le sort

des créances et des dettes de la femme demande une explication; il y a là un résultat qui paraît choquant et illogique, si l'on se place au point de vue de nos idées modernes. Dans notre droit actuel, les divers éléments qui constituent le patrimoine, se réunissent pour former un tout unique, une universalité juridique dont la transmission doit toujours s'opérer intégralement; nous ne saurions concevoir une division entre ces éléments dont une partie seulement serait transmissible. Comment donc s'expliquer le principe romain de l'extinction des dettes, dans le cas d'une succession universelle, et les exceptions qui y furent apportées? L'histoire peut seule, à notre avis, nous donner la clef de cette difficulté. La conception de l'unité du patrimoine que nous présentent les jurisconsultes de l'époque classique et que le droit moderne est venu consacrer, est trop savante pour s'être offerte à l'esprit des premiers Romains; il a fallu des siècles avant qu'on pût arriver à cette idée de la personnalité juridique se transmettant à l'héritier; et l'évolution que subirent les notions d'hérédité et d'obligation, ne se déroula que lentement. A l'origine, l'hérédité ne comprenait que la collection des choses corporelles appartenant à un *paterfamilias* décédé, mais on n'y faisait entrer ni créances ni dettes (G., II, § 54). C'était là tout le patrimoine, et le mot *patrimonium* conserva longtemps des traces de sa signification primitive; au deuxième siècle, en effet, Pomponius oppose les *res in patrimonio* aux *res in nominibus* (L., 9, D, XLVI, 6). On arriva plus tard à comprendre dans l'hérédité les créances, mais uniquement comme accessoires des choses corporelles; aussi Papinien se croit-il encore obligé de faire remarquer que l'hérédité peut avoir une existence juridique même en l'absence de toute chose corporelle (L, 50 pr. D. V, 3 — L. 3 § 1, D. XXXVII, 1).

Arrivons aux dettes. A l'origine, l'idée de domination qu'implique l'obligation, ne s'appliquait pas seulement à un lien moral ayant pour objet d'assujettir la volonté du débiteur. Ce lien était réel, matériel; le créancier enchaînait son débiteur et pouvait le contraindre physiquement à travailler à son service pour se payer de ce qui lui était dû. Ce droit du créancier a laissé des traces dans le droit classique; ainsi s'explique la règle *noxa caput sequitur;* la conception primitive a été maintenue parce que le délinquant n'ayant pas de patrimoine, ne peut être tenu que corporellement. Ainsi s'explique encore l'exception que nous avons signalée relativement aux dettes délictuelles que la *capitis deminutio* laisse subsister. La *capitis deminutio* ne s'applique, en effet, qu'à la personne civile; c'est une sorte de mort juridique, et, lorsqu'il s'agissait de délits, des motifs d'utilité sociale obligèrent le législateur à conserver, ici encore, la conception primitive de l'obligation. Bien qu'on eût reconnu une personnalité juridique à l'agnat et au citoyen, et que chaque changement, considéré alors comme une novation véritable, entraînât l'extinction de cette personnalité, et, par voie de conséquence, l'évanouissement des dettes, on continua à considérer la dette délictuelle comme portant sur la personne physique, à l'égard de laquelle la *capitis deminutio* ne produisait aucun effet. (Labbé, *De la Capit. min.*, *Explic. histor. des Inst. d'Ortolan,* t. II, p. 701). C'est par suite de considérations analogues que s'explique également l'exception relative au dépôt. Le dépositaire n'est tenu que de son dol, mais les Romains voyaient dans ce dol une sorte de délit, *propè furtum est* (L. 69, D. XLVII, 2). Aussi l'action de dépôt eut-elle, à l'origine, un caractère pénal. Paul nous apprend en effet (Sent. II, 12, § 11) que, d'après la loi des Douze-Tables, elle était toujours donnée *in duplum,* et que ce n'est que

plus tard, que le Préteur vint restreindre cet excès de sévérité au cas de *depositum miserabile*.

La notion de l'obligation ne se révéla sous sa forme juridique, que le jour où l'exécution sur les biens fut substituée à l'exécution sur la personne par la loi *Pœtelia*. A partir de ce moment, on eût dû, logiquement, décider que l'obligation, portant sur les biens, devrait être considérée comme un élément actif ou passif du patrimoine, et serait liée d'une façon invariable à celui-ci, soit quant à sa durée, soit quant à sa transmission. Mais cette conséquence ne fut admise que pour les créances qui furent comprises dans le patrimoine, comme les choses corporelles, et dont la transmissibilité devint possible dans toute succession universelle, tandis que la transmissibilité des dettes fut restreinte au cas d'hérédité. De là le résultat dont nous avons dû nous préoccuper au sujet de la *manus*. Remarquons, d'ailleurs, que l'extinction des dettes, en cas de succession universelle, présentait moins de dangers qu'on pourrait le croire en apparence. A l'origine, en effet, les créances ne constituaient qu'un élément peu important de la richesse publique, et chez un peuple d'agriculteurs, comme les habitants de la Rome antique. lorsqu'on s'engageait, ce qui devait être rare, ce n'était jamais que pour une durée très courte. D'ailleurs, le jour où le *nexum* fut abandonné et où la notion d'obligation revêtit une forme plus juridique, on fut vite frappé des inconvénients pratiques du principe d'extinction des dettes au décès du débiteur, et l'on admit, ainsi que nous l'avons vu, que désormais, comme les *sacra*, elles seraient à la charge des héritiers (V. M. Cuq., *Recherches histor. sur le test. per æs et libram.—Rev. histor.* 1886, p. 542 et suiv.)

II. Quelle était la condition juridique de la femme pendant la durée de la *manus?* Il est évident, tout d'abord,

qu'entre la femme et son mari, aucun acte juridique ne peut intervenir; la femme *in manu* ne peut acquérir de son mari ni propriété, ni gage, ni servitude, parce que toutes ses acquisitions appartiennent immédiatement à son mari, et celui-ci, d'autre part, ne peut rien acquérir de la femme par cette excellente raison, qu'elle ne possède rien en propre.

A l'égard des étrangers, le même motif empêche que la femme puisse rien leur transmettre; au contraire, la *manus* ne s'oppose nullement à ce qu'elle acquière d'eux, sous cette réserve cependant, que ce ne sera pas elle, mais son mari, qui profitera immédiatement de ses acquisitions (Gaius, II § 86). Donc, la femme peut recevoir *in mancipio,* faire adition d'hérédité, recevoir une tradition, être instituée légataire, mais tout ce qu'elle acquiert ainsi, viendra accroître le patrimoine du mari s'il est *sui juris* et, si c'est un *filiusfamillas*, du parent sous la *potestas* duquel il se trouve. La femme était donc un instrument général d'acquisition entre les mains du mari qui acquérait par elle toutes sortes de droits. Une difficulté s'élève pourtant à propos de la possession. Gaius (II § 90), après avoir posé le principe que les personnes *in manu* ou *in mancipio*, nous font acquérir la propriété dans tous les cas comme ceux que nous avons *in potestate,* ajoute qu'on discute le point de savoir si elles nous font acquérir la possession, et cela, parce que nous ne les possédons pas elles-mêmes. Du texte de Gaius, il faut rapprocher un texte de Paul (L. 1 § 8. D., XLI, 2), qui déclare formellement que le fils n'était pas non plus possédé. Ce rapprochement suffira à démontrer que la controverse n'a jamais dû être bien vive sur ce point, et c'est là tout ce que nous en dirons.

Remarquons qu'aux termes du § 96 (II) de Gaius, la femme *in manu* ne pouvait pas user de l'*in jure cessio*.

Reste à parler des obligations de la femme *in manu*. La femme *in manu* ne pouvait pas s'obliger par contrat ou quasi-contrat; ce n'était là que l'application d'un principe général qui s'étendait à toutes les personnes *alieni juris*. Toutefois, cette règle qui nous est attestée par Gaius (III § 104) reçut certains tempéraments. Cette incapacité radicale et absolue, qui frappe la *filiafamilias* et la femme *in manu*, à l'origine, n'existe qu'au point de vue du droit civil. Le Préteur, en effet, étendit aux créanciers de la femme postérieurs à la constitution de la *manus*, le bénéfice de l'*in integrum restitutio* qu'il avait accordé aux créanciers antérieurs, ce qui leur donnait pour gage tous les biens échus à leur débitrice, après qu'elle s'était engagée vis-à-vis d'eux. D'autre part, cette incapacité n'exista pas toujours, en ce qui concerne les *filiæfamilias*, et un texte (L. 9 § 2; D., XIV, 6) montre qu'à l'époque d'Ulpien, il s'était opéré un changement considérable; il est vrai qu'alors, la *manus* avait à peu près cessé d'être en usage.

En ce qui concerne ses délits et quasi-délits, la femme était toujours obligée; c'était encore là, en effet, la conséquence d'un principe général du droit civil romain. En pareil cas, le mari se trouvait également obligé; il y avait là quelque chose qui rappelle la responsabilité civile établie par l'article 1384 de notre Code civil; mais nous avons admis qu'il pouvait recourir à l'abandon noxal pour s'affranchir de cette responsabilité.

Disons un mot des conséquences produites par le lien d'agnation que crée la *manus*. La femme *in manu* devient l'agnate de son mari, avons-nous dit, et de tous les parents de celui-ci; elle est la *filiafamilias* de son mari, la petite-fille de son beau-père, et la sœur des enfants de son mari; elle est donc *heres sua* et *necessaria* avec les conséquences que cette qualité entraîne. Le lien de l'agnation se mani-

feste surtout à deux points de vue, au point de vue du droit héréditaire et du droit de tutelle.

En ce qui concerne le droit héréditaire de la femme *in manu*, on se borne à faire application du principe qui domine toute la matière, qu'elle est considérée comme la fille de son mari issue *ex justis nuptiis*. Or, la loi des Douze-Tables établit que les hérédités seraient dévolues *ab intestat :* d'abord aux héritiers siens; en second lieu aux agnats, enfin, aux gentiles. Par suite, si la femme venait à mourir, son mari étant encore vivant, personne ne pouvait hériter d'elle, car elle était *alieni juris*, et son mari propriétaire et possesseur de l'ensemble de ses biens, était censé lui avoir succédé alors qu'elle vivait encore. Si, au contraire, au moment de sa mort, la femme était *sui juris* par suite du prédécès de son mari, comme le lien d'agnation subsistait, sa succession était déférée à ses agnats, suivant le principe de la loi des Douze-Tables. Et comme la femme n'avait pas d'héritiers siens, ses biens étaient dévolus aux enfants de son mari, même ceux qu'il aurait eus d'un précédent mariage, en leur qualité d'agnats du degré le plus rapproché. S'il n'y avait pas d'agnats d'un degré plus proche, il est fort probable que la succession de la femme passait aux gentiles du mari.

A un autre point de vue, la femme *in manu* acquérait elle-même un droit à la succession de ses agnats. D'abord, étant *filiæ loco* et *heres sua* de son mari, à la mort de celui-ci, elle venait à sa succession concurremment avec ses enfants et petits-enfants s'il était *sui juris;* à défaut de ceux-ci elle recueillait seule l'universalité de la succession. Si son mari mourait *alieni juris*, elle avait droit à une part de la succession du *paterfamilias*. En outre, la femme avait à la succession de ses enfants et de ceux de son mari les mêmes droits qu'une sœur, et même elle ne pouvait être exclue

par personne si, du moins, ses enfants n'avaient pas d'héritiers siens, car elle était l'agnate du degré le plus proche. Toutefois, ce droit ne s'étendait pas plus loin, et il lui était interdit de succéder à ses petits-enfants, car c'était une règle générale du droit romain, que les hérédités ne pouvaient pas être dévolues aux femmes au delà du rang de sœurs.

En ce qui concerne le testament, la femme *in manu* ne pouvait le faire; c'était là, en effet, un droit d'ordre public (L. 3. D., XXVIII, 1), et quelle que fût l'étendue de la puissance paternelle, elle ne pouvait pas aller jusqu'à conférer ce droit aux enfants (L. 6, *eod. tit.*). D'autre part, étant *loco filiæ* et *heres sua,* elle devait être inscrite et exhérédée dans le testament de son mari; sinon, ce testament était rompu. Il était encore rompu par suite d'un motif identique, si la femme venait *in manum mariti* après la confection du testament. La même règle s'appliquait au testament du *paterfamilias* si le mari prédécédé était un *filiusfamilias.*

En ce qui concerne la tutelle, nous nous bornerons à rappeler le droit qu'avait le mari de nommer à sa femme un tuteur testamentaire. Il y avait même ici, ceci de particulier, que le mari pouvait lui donner une *tutoris optio*, ce qui permettait à la femme de choisir elle-même son tuteur. Cette *optio* était *plena* ou *angusta* suivant que la faculté de choisir un tuteur était illimitée ou restreinte à quelques personnes. Quand la femme avait épuisé son droit de choisir et que son tuteur venait à décéder, elle tombait sous la tutelle légitime de ses agnats.

Nous avons donc examiné dans leur ensemble les principaux droits appartenant au mari, soit sur la personne, soit sur les biens de sa femme *in manu*, et cet examen ne fait que confirmer la conclusion que nous avions posée

d'avance et qui nous paraît désormais démontrée par les conséquences mêmes que nous venons de signaler, c'est qu'il y a identité complète entre la *manus* et la *potestas*, que la femme *in manu* est réellement, au point de vue des conséquences juridiques à en tirer, considérée comme la *filiafamilias* de son mari.

Comme complément à ce que nous avons à dire sur les effets de la *manus*, il nous reste à indiquer brièvement comment la *manus* prend fin. Les modes d'extinction de la *manus* sont de deux sortes : il y a des modes généraux qui mettaient fin au mariage et entraînaient la dissolution de la *manus* par voie de conséquence, et des modes particuliers et directs qui ne s'appliquaient qu'à la *manus* elle-même.

Les modes généraux sont la mort de l'un des époux, la *maxima* et la *media* et quelquefois même la *minima capitis deminutio* de l'un d'eux (L. 17. D., XXIII, 2), et, enfin, le divorce. Lorsque la *manus* était exercée par le mari, l'un quelconque de ces modes mettant fin au mariage, la faisait également cesser. Mais si le mari était *alieni juris,* si la *manus* était exercée par son père, elle subsistait même après la rupture du lien conjugal.

Les modes particuliers à la *manus*, sont la *remancipatio* et la *diffareatio*. Le premier mode consistait dans une mancipation de la femme (Festus, *V° Remancipatam*), et était employé toutes les fois que la *manus* avait eu pour cause la *coemptio* ou l'*usus*. Cette mancipation pouvait intervenir soit après un divorce, soit pendant le cours du mariage, mais alors sans rompre le lien conjugal, pour donner la femme en adoption, l'émanciper ou en faire abandon noxal. La *diffareatio*, ainsi que son nom l'indique, ne pouvait s'appliquer qu'à dissoudre la *manus* établie par *confarreatio*, et, en outre, il semble que le mariage

devait toujours être dissout en pareil cas, tandis que nous venons de voir que la *remancipatio* pouvait éteindre la *manus* tout en laissant subsister le mariage. Il semble aussi que c'est à tort que l'on attribuerait à la *diffareatio* une haute antiquité, car, un texte de Plutarque *(Quest. rom.,* 50) semble indiquer qu'elle ne devint possible que lorsque les mariages des Pontifes et des Flamines qui qui avaient lieu par *confarreatio,* purent être dissouts par le divorce; ce fut peut-être là sa seule application.

On pourrait maintenant se demander ce qu'il advenait des biens de la femme quand la *manus* prenait fin, et si des garanties lui furent accordées pour se les faire restituer. Nous renvoyons l'examen de cette question à notre chapitre deuxième, parce qu'elle se relie d'une façon étroite à l'étude du régime dotal, et qu'en la traitant ici nous nous exposerions à des redites.

Avant d'abandonner l'étude de la *manus,* nous rappellerons ici qu'en dehors de la *manus* proprement dite, il en existait encore une autre, la *manus* fiduciaire qui en différait totalement par son objet tout spécial. Cette *manus* pouvait intervenir encore entre la femme et le mari, mais elle pouvait intervenir aussi, et elle intervenait le plus souvent, avec un tiers, dans le but unique d'améliorer la situation de la femme une fois rémancipée et affranchie. Gaius nous en parle au § 114 (I) et nous apprend qu'elle n'avait lieu que par *coemptio.* Il nous cite deux des cas où cette *manus* fiduciaire était usitée : *testamenti faciendi* et *tutelæ mutandæ causâ;* un troisième est cité par Cicéron : *sacrorum interimendorum causâ.*

La *manus* fiduciaire intervint à une époque où la *manus matrimonii causâ* avait déjà perdu une grande partie de sa rigueur primitive et commençait à n'être plus usitée dans les mœurs. En effet, sous l'influence de diverses cir-

constances dont la principale fut l'introduction du divorce, la *manus* disparut peu à peu à mesure que croissait l'importance et le nombre des mariages libres ; ceux-ci permettaient de rompre facilement le lien conjugal et se trouvaient plus favorables au courant qui entraînait à l'émancipation des femmes. C'est ce que nous allons voir en étudiant avec le mariage libre la génération du régime dotal.

CHAPITRE II

Du mariage libre et des origines du régime dotal.

Ici se posent tout d'abord deux questions : que faut-il entendre exactement par mariage libre, et comment s'est-il introduit dans le droit romain?

Nous avons vu que le mariage ne pouvait à lui seul produire la *manus;* il fallait encore l'emploi des différents modes que nous avons étudiés, pour que cette puissance pût appartenir au mari. Il résulta de là, lorsque les formalités acquisitives de la *manus* n'avaient pas été remplies, une catégorie de femmes ayant la condition d'épouses légitimes, puisqu'il y a eu justes noces, et pouvant par suite invoquer tous les effets civils que les justes noces sont susceptibles de produire, mais n'étant pas soumises aux conséquences rigoureuses qu'entraîne la *manus.* C'est là le mariage libre qui s'établit d'une façon générale à la fin de la république et fut seul usité sous l'empire. L'épouse *sine manu* se distinguait de la femme *in manu* par sa dénomination même. La femme *in manu* était la *materfamilias,* tandis que la femme qui avait contracté une union légitime, mais sans se soumettre à la *manus* de son mari était appelée *matrona* ou simplement *uxor.*

Mais comment le mariage libre qui présente un caractère absolument opposé à la *manus,* qui en est la négation même, si j'ose m'exprimer ainsi, a-t-il pu prendre naissance, alors surtout que nous avons admis l'universalité de la *manus* à l'origine de Rome? Pour expliquer ce fait,

diverses interprétations ont été fournies suivant les auteurs; et, pour les comprendre, il suffit de se rappeler ce que nous avons dit dans notre introduction historique. On sait en effet que pour nombre d'auteurs, la *manus* n'accompagnait pas nécessairement tous les mariages dans les premiers siècles de Rome. Nous avons en effet exposé et réfuté deux systèmes opposés qui voient dans la *manus*, l'un une institution patricienne, l'autre une institution plébéienne. De là résulte que, pour les premiers, le mariage libre était l'union propre aux Plébéiens, la seule union qui fut possible pour eux à l'origine, et qui coexista avec la *manus* le jour où cette dernière forme devint accessible à la plèbe. Dans l'autre opinion, au contraire, jusqu'à la loi des Douze-Tables, la *manus* n'aurait pu appartenir aux Patriciens pour lesquels le mariage libre aurait seul existé. Ayant repoussé ces deux systèmes nous n'avons pas à nous préoccuper ici de la façon dont ils prétendent expliquer l'introduction du mariage libre; ce qu'il nous faut voir, c'est comment l'origine de ce mariage se concilie avec la théorie que nous avons adoptée.

Parmi ceux qui admettent avec nous qu'à l'origine, il n'y avait qu'une seule union possible, le mariage *cum manu*, plusieurs explications ont encore été présentées.

Un auteur (Wolowski, *op. cit.*, p. 15) voit dans le mariage libre une innovation des Décemvirs; et voici les motifs sur lesquels il fonde cette innovation. De tout temps, le mariage libre, qu'une simple expression de volonté suffisait à contracter, s'était posé à Rome en face du mariage *cum manu;* mais pour les citoyens romains, ce dernier seul était possible. La *confarreatio* et la *coemptio* servaient à le réaliser pour les Patriciens, et les Plébéiens ne pouvant recourir aux sacrifices et aux formules dont les Patriciens conservaient le dépôt d'une façon jalouse et

exclusive, avaient l'*usus*. Avant la loi des Douze-Tables, aucun texte de loi ne prohibait les mariages entre Patriciens et Plébéiens; mais l'empire de la religion, de la coutume et des mœurs, ainsi que la différence des formes admises pour contracter l'union conjugale, suffisaient à empêcher de tels mariages. La religion, surtout, était un ressort puissant entre les mains des Patriciens pour contenir les Plébéiens : « Les auspices, dit Montesquieu, étaient une bride avec laquelle ils menaient le peuple ». Or, le mariage entre les deux ordres troublait les auspices, et pendant longtemps, tant que l'on conserva pour les choses de la religion le respect superstitieux des premiers temps de Rome, cela seul suffisait pour rendres ces unions impossibles, sans qu'il fût nécessaire de consacrer cette prohibition par un texte de loi formel. Mais peu à peu, les vieilles croyances virent leur pouvoir s'affaiblir et le jour vint où l'on ne craignit plus de s'affranchir de leur joug.

Les Plébéiens, d'autre part, devenaient une puissance avec laquelle il fallait compter; déjà, ils commençaient à réclamer des concessions que les Patriciens, malgré leurs efforts et leurs répugnances, étaient finalement contraints de leur accorder. A ce moment-là, quelques unions, rares sans doute, durent avoir lieu entre les deux races. Et ce n'est pas là une supposition purement gratuite, puisqu'on peut citer à cet égard le témoignage de Festus *(V° Numerius)*.

Mais alors un danger se présentait; car, au moyen de l'*usus,* la fille patricienne allait tomber sous la puissance du mari plébéien avec lequel elle avait contracté mariage, et allait être soumise à toutes les conséquences qu'entraînait la *manus*. C'est pour éviter ce péril dont la menace était suspendue sur leur tête, que les Patriciens inscrivi-

rent dans la sixième Table le principe de l'*usurpatio trinoctii,* qui allait permettre de paralyser l'action de l'*usus,* et assurer la possibilité du mariage sans *manus*. Mais on devait aller plus loin encore dans cette voie, et bientôt une des Tables supplémentaires prohibait d'une façon formelle toute union entre Patriciens et Plébéiens. Mesure, d'ailleurs, qui attaquait trop vivement l'orgueil plébéien pour avoir une existence d'une longue durée, et que le plébiscite Canuléien devait promptement venir effacer.

Telle est la série de déductions par lesquelles M. Wolowski est amené à considérer le mariage libre comme une innovation des Décemvirs. Il semble que, malgré l'aspect de vraisemblance avec lequel les faits sont exposés par le savant auteur, cette opinion n'est pas absolument exacte. En effet, les Décemvirs n'avaient point reçu mission d'innover; ils avaient été élus uniquement pour réunir en un corps de lois, pour codifier en quelque sorte les différentes lois ou coutumes alors existantes, et pour leur donner une autorité nouvelle par l'approbation solennelle du peuple entier. Si les Décemvirs se sont tenus dans les termes de leur mission, il faut en conclure qu'en autorisant législativement une union d'où la *manus* pouvait être absente, ils n'ont fait que donner une consécration légale à un état de chose déjà existant.

Un autre auteur a cru retrouver dans le mariage libre, un emprunt à la législation grecque. Reconnaissant également que, dans les premiers temps de Rome, il n'y eut qu'un seul mariage vraiment romain, celui qui entraînait la *manus* comme conséquence directe, quand, rencontrant le mariage libre et l'étudiant, il est conduit à se demander quelle en est l'origine; s'il ne dut son existence qu'à la coutume, ou, au contraire, à une importation étrangère, c'est à cette dernière source qu'il s'arrête comme parais-

sant la plus vraisemblable. En effet, il est bien vrai que l'usage fournit au mariage libre toutes ses lois, depuis la nécessité de constituer une dot jusqu'à la prohibition des donations entre époux, comme l'atteste Ulpien (L. 1. D., XXIV, 1), comme le démontre également ce fait qu'à l'origine l'action *rei uxoriæ* était toujours de bonne foi (Cicéron, *Top. cap.*, XVII); mais il y avait dans cet usage même quelque chose d'absolument opposé aux idées romaines. Il faut donc admettre ici l'influence d'une législation étrangère, influence qui s'était fait sentir déjà sur la loi des Douze-Tables en provoquant l'établissement du *jus trinoctii*. Pour se rendre compte de cette influence et apprécier la portée qu'elle a pu avoir, il faut exposer brièvement le système des lois grecques sur le mariage et particulièrement de celles qui se rapprochent le plus de la législation romaine, des lois athéniennes.

Le mariage athénien présente la plus grande analogie avec le mariage libre et le régime dotal. On distingait la fille héréditaire, επιχληρος, succédant à tous les biens de ses parents à défaut de mâles, et celle qui n'avait droit qu'à une dot, επιπροιχος. Le régime matrimonial n'était pas le même pour les deux. La première devait épouser son plus proche parent et lui apporter en mariage les biens de la succession. Le mari, tuteur de son épouse par droit de parenté, devenait le maître de ses biens. Les enfants de la fille επιχληρος pouvaient seuls réclamer, à leur majorité, les biens de leur mère. Ce régime était propre aux Athéniens.

Quant aux filles επιπροιχοι, elles étaient mariées par leur père, leur frère germain, leur aïeul paternel, l'héritier de leurs biens, celui d'entre eux sous la puissance duquel elles se trouvaient, ou l'archonte éponyme. D'après une loi de Solon, elles devaient être dotées par eux ou leurs cognats. La dot était nécessaire pour distinguer l'épouse de la con-

cubine. Le mari, jouissant de la dot pendant le mariage, était tenu de donner un gage ou une hypothèque sur ses biens pour en assurer la répétition, et la femme était préférée pour sa dot aux créanciers du mari. Après la mort de celui-ci, ou le divorce, la femme pouvait revendiquer immédiatement sa dot, sans avoir, d'ailleurs, aucun droit à la succession de son mari. S'il y avait des enfants issus du mariage, mais alors seulement, la femme pouvait rester avec eux dans la maison conjugale et avait droit à des aliments; mais, en pareil cas, elle ne pouvait plus rien réclamer de ses biens, qui restaient confondus avec ceux de ses enfants. Dans le cas où il n'y avait pas d'enfants, les aliments étaient dus à la femme par celui qui avait constitué la dot et l'avait recouvrée. Si le mariage était dissout par la mort de la femme, le mari avait droit à l'usufruit de la dot jusqu'au jour où les enfants atteignaient leur majorité. En dehors de la dot ou de biens extradotaux, la femme n'apportait pas à son mari plus de trois habits et certains ustensiles (Plutarque, *Solon,* 26), car s'il n'y avait pas d'enfants, après la mort de l'épouse on ne pouvait rien exiger de ce qui avait pu être donné en sus de la dot. D'autre part, les donations entre époux, pendant le mariage, étaient prohibées; mais, par contre, il était d'usage que le mari fît à sa fiancée, avant le mariage, une donation connue sous le nom d'υποϐολον (Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 81 à 84).

De cet exposé, M. Ginoulhiac conclut à l'analogie la plus grande, entre le système des Athéniens et le mariage libre. Des deux côtés, la dot vient assurer la dignité de l'épouse et subvenir aux besoins de la famille; de part et d'autre, la prohibition des donations entre époux vient consacrer la séparation des patrimoines; même restitution de dot, mêmes garanties. Il n'est pas jusqu'au nom de

dot lui-même qui ne vienne du grec (Festus IV, in V°. *Dos Varron. De lingua latina, V° Dos).* Il y a donc emprunt fait par le droit romain au droit grec (Cujas, *Paratitla ad Digest. tit. De don. int. vir. et ux.).* Sans entrer dans la controverse encore ouverte au sujet de l'influence du droit grec sur la loi des Douze-Tables (Giraud, *Hist. rom.*, p. 61-69), en se bornant à comparer Denys d'Halicarnasse *(Antiq. rom.*, ch. I, p. 8, n. 1) avec Aulu-Gelle, Macrobe et Gaius (Aulu-Gelle, *Antiq. rom.*, livre X, p. 661 et Tite-Live, livre III), on peut supposer que les rédacteurs dans la première loi avaient en vue le mariage grec. Mais, comme il était contraire au mariage romain, ils laissèrent à l'usage le soin de le fixer. Ainsi s'expliquent les paroles d'Ulpien citées plus haut : *Moribus apud nos receptum est* (Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 80 à 87).

Cette deuxième explication, si elle ne doit pas être admise d'une façon exclusive, nous paraît apporter cependant un élément sérieux à la solution de la question. En effet, ce qui frappe tout d'abord quand on étudie les sources de la législation des Douze-Tables, c'est le nombre et la concordance des témoignages des anciens auteurs, qui s'accordent tous à affirmer qu'au moment où les Patriciens durent consentir à la confection d'une loi uniforme, d'un code écrit, des députés furent envoyés dans les villes grecques d'Italie et dans l'Attique, dit Denys d'Halicarnasse, à Athènes, dit Tite-Live, pour prendre chez les Grecs les lois les plus convenables aux mœurs romaines, et particulièrement rapporter les lois de Solon. Le fait de la légation en Grèce nous paraît donc, non seulement possible, mais même probable. C'est là, d'ailleurs, la conclusion de M. Giraud : « Les témoignages de l'antiquité, dit-il, malgré le silence de Cicéron, paraissent dignes de foi sur ce point, lorsqu'on les compare avec le fait de la statue élevée

à Hermodore, laquelle Pline affirme exister encore de son temps à Rome. »

Or, si on admet le fait de la légation, il semble vraisemblable de croire que les Décemvirs ont dû être frappés de la législation athénienne sur le mariage, si différente de la leur propre. C'est pourquoi, on peut du moins le supposer, s'ils n'ont pas voulu la consacrer parce qu'elle choquait trop vivement les mœurs romaines, voulant cependant, en apparence tout au moins, introduire dans les lois romaines quelque chose qui semblât rappeler la législation athénienne, ils ont consacré le *jus trinoctii.* Mais il est également probable que, dans leur pensée, ce droit qui établissait une simple faculté pour la femme d'interrompre l'*usus,* devait rester à l'état de lettre morte sans pénétrer dans le domaine de la pratique et de l'usage, ayant à lutter tout ensemble contre l'empire de la religion et des mœurs. Ils ne se doutaient guère qu'ils ouvraient ainsi une porte par laquelle allaient disparaître tout à la fois, et la *manus,* et cette antique austérité des mœurs qui avait fait longtemps la force et la puissance de Rome.

Nous admettons donc, pour notre part, que la législation grecque a eu une certaine influence sur l'introduction du mariage libre dans les idées romaines, mais dans les limites seulement que nous venons de tracer En d'autres termes, pour nous, cette influence n'a pas été exclusive comme semble le dire M. Ginoulhiac; ce n'est qu'un des éléments à considérer, et nous allons emprunter à M. Gide un autre élément qui nous semble avoir concouru d'une façon plus efficace encore au développement du mariage libre. L'explication qu'il nous fournit à cet égard résulte de considérations empruntées à la famille agnatique. On sait, en effet, que la femme *sui juris* est soumise à la tutelle légitime de ses agnats. La *manus* avait pour résul-

tat de détruire les liens de la femme avec son ancienne famille, d'éteindre les droits de ses agnats à sa tutelle et à sa succession; et c'est précisément pour cela que le consentement des tuteurs était nécessaire pour la *conventio in manum*. Il y avait là, lorsque la femme était *sui juris*, un danger auquel on dut remédier. C'est ce que nous dit M. Gide (*op. cit.*, p. 126 et 127) : « Les agnats tuteurs de la femme devaient être peu disposés à consentir à un mariage qui les dépouillait de tous leurs droits, et, sans leur aveu, le mariage était impossible. Aurait-on pu les forcer à sacrifier leurs droits? Mais ces droits étaient sacrés: gardiens des intérêts de la famille, c'était pour eux un devoir d'empêcher que le patrimoine de leurs ancêtres ne passât à des étrangers. Pour donner satisfaction à tous ces besoins contradictoires, il fallut bouleverser les anciens principes, il fallut séparer deux choses qui avaient d'abord paru inséparables: le mariage et la *manus*, c'est-à-dire le changement de famille. A côté du mariage antique, aux formes solennelles, on imagina un mariage nouveau qui se contractait par le simple consentement et laissait la femme dans sa famille sous la tutelle de ses agnats. » L'assistance des tuteurs resta nécessaire pour la *manus*, mais devint inutile pour le mariage pur et simple. Ainsi naquit le mariage sans *manus*. Une fois né, il se développa rapidement et s'étendit même aux femmes qui étaient sous la puissance du *paterfamilias* au moment de leur mariage. Le mariage libre, en effet, favorisait le désir d'émancipation des femmes, et, d'autre part, si au bout d'un certain temps l'expérience qu'elles avaient faite de la vie commune les rassurait pour l'avenir, elles pouvaient toujours se donner *in manu* à leur mari, en remplissant les formalités de la *confarreatio* ou de la *coemptio*, ou plus simplement en n'interrompant pas l'*usus*. La *manus*, en effet, pouvait

leur offrir souvent plus d'avantages que d'inconvénients en enlevant au père le droit de les ravir à leur mari, en créant entre les époux, entre la mère et les enfants, des droits réciproques de succession.

M. Labbé (*Rev. histor.*, 1887, p. 2) présente, à propos de cette question, les réflexions suivantes. Il fait remarquer que l'intérêt pécuniaire qui conduisait le tuteur à refuser son autorisation au mariage a dû exister de tout temps. Or, si cette opposition a conduit à une transformation du mariage, pourquoi aurait-elle tardé à produire son effet; ou si, pendant longtemps, le mariage et la *manus* sont demeurés inséparables, l'opposition des tuteurs a dû rendre impossible, pendant tout ce temps, le mariage des femmes *sui juris,* ce qui n'est point croyable. La femme *sui juris* en tutelle, se serait toujours trouvée dans l'alternative de ne pas se marier ou de transporter ses biens, par une *conventio in manum,* dans la famille du mari, tandis que la fille de famille aurait pu se marier sans rien apporter à son mari, car la donation dotale du père est libre et dépend de son bon vouloir. Ceci se comprend encore dans un temps très ancien, quand la propriété appartenait à la gens, mais quand la propriété fut devenue individuelle et aliénable, la difficulté qui vient d'être signalée a dû se produire. On peut répondre à cela que la femme *sui juris* pouvait, avant de se marier, avec l'autorisation de ses tuteurs, transférer ses biens aux membres de sa famille agnatique, par analogie de ce qui se passe pour l'adrogation (G., III, § 84); mais cet usage a dû être peu fréquent. La conclusion de M. Labbé est que, sans nier absolument que la *manus* et le mariage aient été inséparables à l'origine, la séparation a dû tout au moins se produire de très bonne heure.

Nous avons ainsi déterminé les causes de l'introduction du mariage libre dans le droit romain; les explications que

nous avons données à cet égard nous ont paru indispensables pour arriver à comprendre comment une union qui battait en brèche d'une façon complète les idées des Romains sur la constitution même de la famille, a pu parvenir à neutraliser la toute-puissance de la *manus*, et a fini par la faire entièrement disparaître.

Nous allons étudier maintenant le mariage libre, et, suivant un plan analogue à celui qui nous a guidé dans l'étude de la *manus*, nous nous occuperons d'abord des rapports des époux au point de vue des droits et des devoirs que le mariage établit entre eux, et nous aurons à rechercher ensuite quels sont les droits que le mari peut avoir sur les biens de sa femme et sur quels biens, ce qui nous conduira à étudier en partie le régime dotal.

SECTION I

Rapports des époux entre eux, particulièrement au point de vue des droits que le mari peut avoir sur la personne de sa femme.

La plupart des auteurs qui parlent du mariage libre s'empressent de poser en principe tout d'abord, que la puissance maritale n'appartenait pas au mari sur son épouse dans ces unions. (Ginoulhiac, *op. cit.*, p. 65.) Si l'on veut dire par là que, dans le mariage libre, on ne retrouve rien qui rappelle les effets rigoureux de la *manus*, rien de plus juste et nous sommes le premier à le reconnaître. Mais si l'on prétend que dans le mariage libre le mari se trouvait privé de toute autorité sur la personne de sa femme, ou sur ses biens ; que dans les rapports moraux ou pécuniaires des époux la femme jouissait d'une indépendance complète, nous croyons que c'est aller trop loin et qu'il y a là une véritable erreur. Se plaçant à ce point de vue, on comprend

sans peine que si, dans le mariage libre, la femme ne change pas de famille; si la puissance paternelle continue à être exercée par le *paterfamilias* de la femme, néanmoins, par une conséquence naturelle et nécessaire de ce fait qu'un mariage a été contracté entre l'*uxor* et son mari, il a dû naître entre eux un ensemble de droits et de devoirs qui font à chaque époux une situation spéciale. Ce que nous voulons rechercher ici en d'autres termes, ce sont les droits que le mari peut avoir à exercer sur la personne de de sa femme et qui lui sont attribués en sa qualité de mari.

Avant de commencer cette recherche, que le manque de documents sur cette matière rend fort délicate, faisons une remarque. Bien qu'étudiant dans deux chapitres distincts pour la facilité des explications, la *manus* et le mariage libre, ce n'est pas à dire pour cela qu'il s'agisse de deux époques nettement séparées, le mariage libre ne se produisant qu'au moment où la *manus* aurait disparu. Nous avons déjà indiqué au contraire que, pendant de longues années, ces deux modes d'union ont coexisté, et que ce n'est que peu à peu que la première en date, la *manus*, a disparu sous l'influence des diverses causes que nous avons signalées. Nous devions présenter ici cette observation, car on va voir que, pour reconnaître les droits du mari dans le mariage libre, nous serons obligé de remonter jusqu'à un temps voisin de Justinien et que, par suite, si l'on voulait rattacher à une époque spéciale la forme et le caractère particulier de la *manus*, il semblerait exister une lacune s'étendant de cette époque presque jusqu'à Justinien.

Des droits que le mari conserve sur sa femme, lorsqu'il ni peut plus invoquer l'effet de la *manus*, le premier et le plus important, celui qui les absorbe tous en quelque sorte, est le droit à son obéissance. Il y a là en effet plus qu'une règle de droit, de ce droit civil qui avait réglementé si

minutieusement la constitution de la famille et les rapports de ses membres entre eux, il y a un principe de droit naturel. La *manus* qui était entrée depuis si longtemps et si profondément dans les mœurs, devait réfléchir sur le mariage libre à cet égard, et empêcher que cette subordination de la femme ne pût être mise en doute ; et c'est certainement pour cette raison qu'il a dû paraître inutile au législateur de faire de ce principe l'objet d'un texte de loi spécial.

Dans le mariage libre, la femme demeurant sous la puissance du *paterfamilias*, celui-ci, en vertu de cette puissance, put pendant longtemps rompre les liens qu'il avait sanctionnés lui-même. Sans motif aucun, par un simple caprice, il pouvait obliger deux époux unis depuis de longues années par les liens d'une affection que le temps n'avait fait qu'accroître, à une séparation brutale et imprévue contre laquelle ils ne pouvaient protester que par de vaines prières. Et ce droit du *paterfamilias* ne se présente pas seulement avec un caractère purement théorique ; il dut s'exercer plus d'une fois injustement dans la réalité des faits, car les auteurs anciens nous en parlent souvent. Citons ici la plainte touchante qu'Ennius place dans la bouche de la femme de Cresphonte :

Injuria abs te afficior indigna, pater.
Nam, si improbum Cresphontem existimaveras,
Cur me huic locabas nuptiis ? sin est probus,
Cur talem invitum, invitam cogis linquere ?

A cette époque, le père, propriétaire de sa fille, avait pour la revendiquer contre son gendre, l'interdit de *liberis exhibendis*. Antonin vint à l'aide du mari, mais d'une façon bien précaire. (L. L, 1 § 5, 2. D., XLIII, 30.) Il lui accorda une exception *doli mali* pour opposer à l'interdit de *liberis*

exhibendis, car, l'empereur le déclare lui-même, il ne faut pas que la puissance paternelle puisse apporter des troubles dans des unions paisibles et prospères, « *ne benè concordantia matrimonia jure patriæ protestatis turbentur* ». Mais il ajoute, et cela permet de douter que le secours qu'il donne au mari soit d'une efficacité bien grande : « *Quod tamen sic erit adhibitum, ut patri persuadeatur ne acerbè patriam potestatem exerceat* ». On voit combien les termes de cette constitution ménagent la puissance paternelle; c'est presque une prière adressée au père. Il faut aller jusqu'à Dioclétien pour rencontrer une consécration sérieuse du droit du mari. Sous ce prince, la toute-puissance du *paterfamilias* n'est plus qu'un souvenir; désormais, c'est le mari qui a le droit, non seulement de s'opposer au caprice du père, mais même de revendiquer sa femme quand le père la retient malgré elle : « *Si invita detinetur uxor tua a parentibus suis, interpellatus rector provinciæ, exhibita muliere, voluntatem ejus secutus, desiderio tuo medebitur* ». (C. 11. C. V, 4.). (V. Esmein. *Rev. gén. du dr.*, p. 122.)

On doit conclure de ce qui précède, que l'autorité maritale existait vis-à-vis du père et que le mari avait le droit de contraindre sa femme à cohabiter avec lui. Toutefois, il y a tout lieu de croire que, dans la pratique, les maris durent hésiter plus d'une fois à user rigoureusement de leur droit, car ils avaient à redouter le divorce et la restitution, souvent difficile, de dots importantes. Cette entrave disparut le jour où Théodose et Valentinien commencèrent à assigner au divorce des causes déterminées.

Chez tous les peuples civilisés, il est un devoir qui tient à l'essence même du mariage, c'est le devoir réciproque de fidélité des époux l'un envers l'autre. C'est là encore un de ces principes de droit naturel que la loi civile ne peut que

sanctionner. Les Romains ne l'ont pas toujours compris ainsi, ou du moins, pendant de longs siècles, la loi consacrait une inégalité choquante entre la situation des deux époux quand la foi conjugale venait à être violée. En effet, à l'origine, nous avons vu que le mari pouvait tuer sa femme adultère en la jugeant seul probablement, tout d'abord, et plus tard avec l'assistance du tribunal domestique, tandis qu'en pareil cas, la femme n'aurait pas pu toucher son mari du doigt; c'est ce que nous dit Aulu-Gelle : « *Illa te si adulterares ne digito quidem auderet contingere* ». A une époque plus avancée, il est vrai, il y eut des restrictions apportées au droit du mari; le père seul, surprenant sa fille en flagrant délit, pouvait la tuer avec son complice; quant au mari, il ne pouvait agir ainsi sans s'exposer à être poursuivi comme meurtrier. Mais ce n'est que sous Justinien qu'il y eut, à cet égard, réciprocité complète entre les époux; quand le mari avait violé la foi conjugale, la femme pouvait obtenir le divorce contre lui et retenait, avec sa dot, la donation anté-nuptiale.

Le mari doit protection à sa femme et cette obligation s'affirme notamment lorsqu'une injure a été faite à cette dernière; en pareil cas, le mari a l'action d'injures. On peut douter que ceci ait eu lieu de tout temps d'une façon absolue. Gaius en effet (III, § 221) nous dit que le mari n'a l'action d'injures pour offense faite à sa femme que si celle-ci est *in manu*. Telle est du moins la version qui nous est fournie comme certaine par M. Studemund qui lit ainsi le texte « *cum in manu nostra sint* », au lieu de « *quamvis in manu non sint* », version adoptée autrefois. Si au temps de Gaius cette action n'appartenait pas au mari dans le mariage libre, elle lui fut accordée sûrement longtemps avant Justinien, puisque Paul vient nous dire que c'est le mari et non la femme qui doit exercer l'action d'injures,

« *quia defendi uxores a viris æquum est* ». (L. 2. D., XLVII, 10.)

Nous citerons également le droit pour le mari de pourvoir à l'éducation de ses enfants comme bon lui semble, sans avoir à tenir compte de la volonté de sa femme. Pendant la durée du mariage, c'est le mari qui est en possession de l'autorité vis-à-vis des enfants et qui peut seul l'exercer. C'était d'ailleurs à Rome un principe général que la puissance paternelle était réservée aux citoyens mâles et pères de famille. C'est pour ce motif que, lorsque la femme faisait une adoption, elle n'avait jamais la puissance paternelle sur l'adopté ; le seul effet qui fut produit en faveur de ce dernier, était un droit à des aliments qu'il pouvait réclamer de sa mère adoptive et, en outre, la faculté pour celle-ci de l'appeler à sa succession *ab intestat*.

On sait que notre Code civil, après avoir posé dans l'article 1387 le principe de la liberté absolue des conventions matrimoniales, sauf la restriction des bonnes mœurs et quelques autres, interdit aux époux dans l'article suivant, de déroger « aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants ». Cette interdiction que la loi établit pour les conventions matrimoniales doit *à fortiori* s'étendre à toutes autres. Or cette disposition n'est autre chose qu'un emprunt fait au droit romain. Nous allons voir en effet que la femme est tenue envers son mari d'un certain devoir de respect auquel celui-ci ne peut pas renoncer. On en trouve la preuve dans les dispositions relatives au bénéfice de compétence. On sait ce qu'il faut entendre par là : le mari poursuivi par sa femme ne pouvait être condamné envers elle, que *in id tantum quod facere posset,* dans la limite de ses moyens (LL. 12, 13, 14 § 1, D. XXIV, 3). Dans la dernière des lois citées, Ulpien nous dit que Pomponius s'était

posé la question suivante : Si le mari a fait avec sa femme un pacte, par lequel il est convenu qu'il pourra être condamné non pas seulement *in id quod facere posset,* mais *in solidum,* ce pacte sera-t-il valable ? Et Pomponius décidait qu'il était nul. Ulpien approuve fort cette opinion et ajoute qu'en effet ce pacte lui paraît immoral, et cela, parce qu'il paraît être fait, nous dit-il « *contra receptam reverentiam quæ maritis exhibenda est* ».

Ce devoir de respect dont nous venons de parler n'était donc pas seulement un principe théorique, une pure règle de morale présidant aux rapports des époux ; c'était encore un principe législatif dont la loi civile venait consacrer de nombreuses applications. Nous venons d'en signaler une relative au bénéfice de compétence ; nous pouvons en citer encore une autre en matière de deuil. Nous voyons en effet (LL. 9 et 11, D., III, 2) que, tandis que le mari n'est pas tenu de prendre le deuil de sa femme, celle-ci au contraire doit porter le deuil de son mari, sauf dans certains cas qu'Ulpien nous signale sans les indiquer autrement par ces mots : « *si talis sit maritus quem more majorum lugeri non oportet.* » Pendant tout le temps que durait le deuil, il était interdit à la femme de se remarier, et si elle contrevenait à la loi sur ce point, elle encourait l'infamie, ainsi que son second époux, s'il était *conscius,* et ceux sous la puissance desquels ils pouvaient se trouver l'un et l'autre.

Une dernière conséquence du droit du mari à l'obéissance et au respect de sa femme, nous apparaît dans le droit que la loi lui accorde, d'exiger que son épouse se livre aux travaux domestiques, suivant ce qui convient à son état et à sa condition (Mackeldey, *Manuel. Intr.*, p. 287, n° 515).

De tous les exemples que nous venons de citer, nous croyons pouvoir conclure, comme nous le disions au début

de ce chapitre, que l'autorité maritale existait en faveur du mari dans le mariage libre, en ce sens que sa qualité de mari lui permettait d'exercer sur la personne de sa femme un ensemble de droits, dont nous nous sommes efforcés de déterminer les principaux. Par conséquent, si l'on peut dire, comme nous le verrons bientôt que, dans le mariage libre, les biens de la femme sont, en principe, indépendants du mari, il est loin d'en être de même de sa personne. Et, d'ailleurs, ce qui démontre bien qu'en indiquant une différence entre la situation vis-à-vis du mari, de la personne et des biens de la femme, contrairement à la plupart des auteurs, nous n'avançons rien qui ne soit exact, c'est que le législateur lui-même avait vu son attention éveillée sur ce point; il y avait là, en effet, aux yeux des Romains, une sorte d'*inelegantia juris* qui devait choquer leur rigorisme habituel et qu'ils regrettent, même après que le mariage libre fût entré d'une façon complète et définitive dans leurs mœurs. Nous en trouvons la preuve dans une constitution des empereurs Théodose et Valentinien (C. 8. C. V, 14) où, tout en interdisant au mari de s'immiscer dans l'administration des biens extra-dotaux contre la volonté de sa femme, ils nous disent ceci : « *Quamvis enim bonum erat mulierem quæ se ipsam marito commisit, res etiam ejusdem, pari arbitrio, gubernari...* » Nous allons constater que le regret exprimé par ces princes était justifié par la situation exceptionnelle faite à la femme en ce qui concernait ses biens.

SECTION II

Droits du mari sur les biens.

Nous venons de démontrer dans la section précédente, que l'autorité maritale sur la personne de la femme s'était

constituée peu à peu, et qu'il était inexact d'en nier de tout point l'existence dans le mariage libre. Cette proposition, au contraire, est rigoureusement exacte quand il s'agit des biens de la femme. Il est bien vrai que, parmi ces biens, il y en a, les biens dotaux, sur lesquels le mari peut exercer un droit dont nous déterminerons l'étendue; mais, pour qu'on puisse affirmer avec quelque vérité que les droits du mari s'étendent aux biens dans le mariage libre, il faudrait que la dot eût toujours été une condition indispensable du mariage; or, nous verrons que si elle était de sa nature, elle n'était pas cependant de son essence, et que si la dot ne pouvait exister sans mariage, comme le dit Ulpien (L. 3. D. XXIII, 3), la réciproque n'était point vraie. Il y eut cependant un momenf où les parents furent obligés de doter leurs enfants. D'abord, en effet, dans le droit romain de l'empire, cette obligation existait; à Rome, elle était consacrée par la loi Pappia-Poppœa et dans les provinces, elle était exigée en vertu du pouvoir discrétionnaire des Présidents (Laferrière, II, p. 469, L. 19, D. XXIII, 2). Toutefois, il est bien évident que cette obligation n'était pas et ne pouvait être générale; elle ne pouvait s'appliquer qu'aux parents en état de constituer une dot, et lorsque leur manque de fortune ne le leur permettait point, il n'y avait pas de sanction établie par la loi, et les enfants qui se mariaient sans dot contractaient cependant une union légitime.

Cette sanction qui avait fait défaut jusqu'alors, fut apportée par une novelle de l'empereur Majorien en 458 (*Cod. Theod. Nov. de Maj.*, tit. VIII), dont l'abrogation fut prononcée ensuite par l'empereur Sévère (Nov. 1 même code). Majorien décida, en effet, que les parents seraient tenus tout à la fois de constituer une dot à leurs filles et une donation anténuptiale à leurs fils, et, comme sanction,

il décréta la nullité du mariage et la non-légitimité des enfants : « *Cum fuerint sine dote conjuncti, nec matrimonium judicetur nec legitimi ex his filii procreentur.* » Il y avait là évidemment, une véritable injustice dont M. Laferrière nous cite un autre exemple assez curieux : « Cette singulière exagération ne fut pas adoptée par le droit gallo-romain et, cependant, le concile d'Arles de 524, craignant l'indigence pour les jeunes familles, se rapprocha de la Novelle de Majorien, et donna ce précepte de rigoureuse discipline : qu'il ne se fasse pas de mariage sans dot. *Nullum sine dote fiat conjugium.* »

Nous verrons que Justinien, sans aller aussi loin, rendit cependant, dans certains cas, la constitution de dot nécessaire.

Nous voyons donc, en résumé, que, dans certaines hypothèses, le mari avait nécessairement des droits sur une partie des biens de la femme, les biens dotaux et nous nous trouvons ainsi amenés à étudier ces droits, d'autant mieux que la constitution de dot s'était solidement implantée dans les mœurs au point de devenir une règle générale, alors même que ce n'était pas une obligation légale.

Nous disons donc que le mari avait certains droits sur les biens dotaux de la femme. Reste à savoir, d'une part, quels sont, parmi les biens de la femme, ceux que l'on peut qualifier de dotaux et comment la dot s'est introduite dans les idées romaines, et, d'autre part, quels sont exactement les droits du mari sur ces biens. C'est ce que nous allons étudier dans deux paragraphes distincts.

§ I. — *Des biens dotaux.*

Que doit-on entendre par le mot *dot?* Si nous interrogeons à cet égard notre droit français, l'article 1540 du

Code civil nous répond que la dot est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. Cette définition convient également au droit romain. Remarquons, toutefois, que le mot *dot* est susceptible de revêtir deux acceptions bien différentes. D'une part, pris *stricto sensu*, c'est la définition que nous venons d'en donner qui doit lui être appliquée; et, d'autre part, pris *lato sensu,* il sert à désigner le régime dotal tout entier. Or, nous verrons que la constitution d'une dot ne suffit pas à elle seule pour établir le régime dotal; pour qu'il y ait régime dotal, il faut l'obligation de conserver et de restituer la dot à la dissolution du mariage, et ce caractère essentiel faisait absolument défaut à l'origine.

Comment donc l'usage de la dot s'est-il introduit à Rome? Et d'abord l'existence d'une dot était-elle compatible avec la *manus?* Pour répondre à cette question, il faut se reporter à la situation de la *filiafamilias* après la *conventio in manum.* Tous ses biens présents et à venir, en vertu des vieux principes romains, devenaient immédiatement la propriété absolue de son mari. Mais, peut-on dire que ces biens forment une dot? Et si on ne l'admet pas, comment s'expliquer que Cicéron vienne nous dire : « *Cum mulier vero in manum convenit omnia quæ mulieris fuerint viri fiunt dotis domine.* » Comme le fait remarquer M. Accarias (t. I, p. 771, note 1), cette dénomination appliquée aux biens de la femme tombant *in manu mariti* fut exacte, tant que le mari ne se vit pas obligé de restituer la dot. En pareil cas, en effet, les biens que lui avait procurés la *conventio in manum* lui donnaient les mêmes avantages, et servaient aux mêmes fins que la dot apportée par la femme dans le mariage libre. Plus tard, on fit des conventions pour assurer la restitution de l'apport de la femme; c'est alors que la question se pose et qu'on

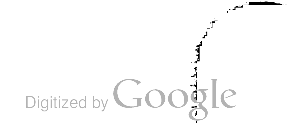
peut se demander si les biens de la femme *in manu* avaient véritablement le caractère de dot, c'est-à-dire étaient restituables à la dissolution de la *manus*. Aulu-Gelle (L. IV, ch. II) nous dit que, d'après Servius Sulpicius, les conventions de ce genre ne commencèrent qu'après le divorce de Carvilius Ruga; or, à cette époque, le mariage *cum manu* était encore en pleine vigueur. D'autre part, le pouvoir du mari ne pouvait s'exercer sans la volonté du père et des tuteurs de la femme ; et alors, il est facile de comprendre que ceux-ci aient pu souvent subordonner leur consentement à certaines restrictions des droits résultant de la *manus*. Il n'y avait pas là évidemment tous les caractères de la dotalité, ni la paraphernalité; mais il semblerait qu'on puisse poser en principe que, même dans le mariage *cum manu*, on avait introduit des stipulations assurant à la femme, en cas de divorce, la restitution des biens qu'elle avait apportés. Telle est du moins, sur ce point assez délicat à élucider, l'opinion de plusieurs auteurs, entre autres M. de Fresquet, qui s'est occupé tout particulièrement de la *manus*.

Pour notre part, nous croyons que les mots *dotis nomine* n'ont point voulu dire que les biens apportés à la suite de la *manus*, fussent assujetis aux lois de la restitution de la dot, qui visaient particulièrement les mariages libres, d'autant mieux que le passage de Cicéron rapporté plus haut peut parfaitement s'expliquer sans cela. Il suffit de se référer à ce que nous avons dit il n'y a qu'un instant au sujet du mot *dot*. Nous croyons que Cicéron a pris ce mot uniquement en ce sens, que la femme apporte ses biens à son mari pour soutenir les charges du mariage, comme une compensation à l'augmentation de ces charges qu'il va être obligé de supporter. Ceci nous paraît d'autant plus probable que, comme le fait remarquer M. d'Hautuile, les jurisconsultes romains désignent généralement la fortune de la

femme transmise au mari par la *manus,* du nom collectif de *res uxoria* qui indique une universalité de biens, tandis que, sous le régime dotal, ils ne considéraient la constitution même générale de dot, que comme un mode d'acquérir à titre particulier (L. 72. D., XXIII, 3). Sans doute, il est possible que le père de la femme ou tout autre donateur ait, par une stipulation expresse, obligé le mari à restituer l'apport de la femme dans tel ou tel cas déterminé; mais on ne peut voir là que des conventions spéciales venant changer le droit. On pourrait peut-être aller jusqu'à voir dans des stipulations de ce genre l'origine de la restitution de la dot et du régime dotal, mais ce n'est là qu'une hypothèse dont l'exactitude nous paraît d'autant plus contestable, que la dot n'était pas encore nécessaire dans l'intérêt de la femme ou de sa famille. Donc, dans le mariage *cum manu,* pas de dot possible; c'est là également la conclusion à laquelle arrive M. Ginoulhiac: « Dans le mariage avec *manus,* on ne trouve pas la moindre trace du régime dotal. Tous les biens de la femme devenant la propriété du mari, il était bien inutile de distinguer entre ceux apportés par l'épouse au moment du mariage et les autres. Les principes de la *manus* sont donc de tous points contradictoires à ceux du régime dotal et l'on ne saurait attribuer à l'un l'origine de l'autre ». (*op. cit.,* p. 61).

Puisque l'origine de la dot ne se trouve pas dans la *manus,* cherchons-la maintenant dans le mariage libre, et étudions-en le développement.

Lorsque la femme se mariait sans remplir les formalités de la *manus,* ses biens, au lieu de se confondre avec le patrimoine de son mari, restaient complètement étrangers à celui-ci. Toutefois, le mari ne devait pas être obligé de supporter seul toutes les charges du mariage et alors s'in-



troduisit l'usage pour la femme d'affecter une partie de ses biens à ce but spécial, biens dont le mari devenait propriétaire absolu; c'était la dot. Nous croyons, pour notre part, que cette dot était une conséquence tellement nécessaire du mariage libre, qu'il nous semble pour le moins inutile de vouloir lui attribuer une origine grecque. Nous ne voulons pas dire par là que la législation grecque n'ait exercé aucune influence sur le régime dotal; nous croyons, au contraire, qu'elle a contribué dans une certaine mesure à son développement; mais son influence ne s'est exercée qu'à un moment où l'usage de la dot s'était déjà répandu et où elle commençait à pénétrer dans les mœurs à la suite du mariage libre.

Il y eut donc une liaison intime entre la dot et le mariage sans *manus*, et l'un comme l'autre ne tardèrent pas à devenir d'un usage constant. Cet usage de la dot affaiblit rapidement la puissance maritale. On sait, en effet, qu'un des traits particuliers du caractère romain était l'avarice; aussi, quand il s'agissait de choisir entre la puissance résultant de la *manus* et une riche dot, ils n'hésitaient guère ; ils recevaient l'argent, et vendaient leur puissance. C'est ce que nous dit Plaute (*Asin.*, 1, 1, v. 74) : « *Argentum accepi, dote imperium vendidi.* » De là aussi la disparition rapide de l'austérité des mœurs primitives, auxquelles succède une période de débordement et de licence dont les auteurs anciens nous font un triste tableau. Les Romains, en effet, avaient emprunté aux Grecs les paraphernaux, comme le mot lui-même l'indique, mais en leur faisant jouer un rôle différent. Ils devenaient un objet de spéculation. « Les femmes qui, dans l'origine, apportaient à leur mari de ces bonnes dots, pour lesquelles Caton témoignait son affection, nous dit M. Troplong (*Préf. du contr. de mar.*, p. 55), les femmes, dis-je, aimaient mieux se constituer

en dot la plus petite partie de leur fortune, et se réserver la plus grande à titre paraphernal; puis, elles prêtaient leur argent à leur mari, comme elles auraient fait à un étranger, et quand la mauvaise humeur les prenait, elles fatiguaient le pauvre mari de leurs réclamations; elles mettaient à ses trousses un esclave paraphernal pour le sommer de se libérer, bienheureux quand elles ne chargeaient pas ce dernier d'une demande en divorce. » C'est là le tableau que nous trouvons dans Aulu-Gelle (XVII, 6); « *Pecuniam viro dat mutuam; posteà, ubi irata facta est servum receptitium sectare atque flagitare virum jubet.* » On comprend sans peine combien ces nouvelles mœurs devaient répugner aux vieux Romains, admirateurs des principes austères de la *manus*, et ainsi s'expliquent leurs déclamations continuelles contre l'arrogance des femmes et la disparition de la vertu romaine.

Laissons de côté ces peintures attristantes d'une époque de décadence et de corruption, et déterminons d'une façon plus rigoureuse la division que la femme faisait de son patrimoine.

En principe donc la femme se trouvait indépendante de son mari avec toute sa fortune, sans être forcée de faire la moindre concession d'un droit quelconque à celui-ci. Mais en vertu de l'usage, et obligatoirement dans une certaine mesure que nous avons déterminée en tête de ce chapitre, elle apportait une partie de ses biens en dot à son mari.

Par suite, les biens de la femme pendant le mariage se divisaient en deux catégories; d'une part les biens dotaux, d'autre part les biens qui n'avaient pas été compris dans la dot et que l'on appela pour ce motif *paraphernaux*.

Une remarque qui s'offre naturellement à l'esprit en présence de cette division, c'est que les Romains n'avaient jamais compris le rapport qui doit exister entre la situation

de la personne et celle des biens; la communauté d'intérêts que l'union des personnes semble entraîner comme une conséquence naturelle leur avait toujours échappé. C'est ainsi que, sous l'empire de la *manus*, la femme s'est trouvée sans aucun droit en présence de son mari tout puissant; et que, le jour où la *manus* disparut, elle resta avec ses biens absolument étrangère à la famille de son mari. Cette séparation des biens était poussée à un tel point que chaque époux avait contre l'autre l'action de la loi *Aquilia* pour dommage causé (LL. 56, 27 § 30, D., IX, 2) et l'action *rerum amotarum* qui n'était que l'action de vol déguisée sous un autre nom. Ainsi encore pour les époux le droit de passer entre eux tous les contrats sans exception, y compris, dans le principe tout au moins, le droit de se faire des donations réciproques; la prohibition des donations entre époux ne s'est établie que vers la fin de la République. Nous voyons en effet que la loi Cincia qui date du milieu du sixième siècle, cite les époux parmi les personnes qui échappent aux restrictions qu'elle édicte et qui pourront continuer à faire ou recevoir des donations comme par le passé *(Fr. vat.*, §§ 293, 298, 302. — Pellat. *Textes sur la dot.*, p. 358).

En ce qui concerne les biens paraphernaux, nous n'avons rien de spécial à en dire ici. Le mari leur était absolument étranger: la femme qui en conservait la propriété entière pouvait en faire ce que bon lui semblait; elle pouvait les administrer elle-même ou confier cette administration au mari; elle pouvait même lui en transférer la propriété. C'est ainsi que dans la *Laudatio funebris Turiæ*, nous voyons que Turia n'était point tombée sous la *manus* de son mari, à la différence de sa sœur, et que cependant, elle a abandonné à celui-ci le gouvernement de toute sa fortune.

La dot comprend tout ce que la femme ou une autre personne pour elle transfère, donne ou promet au mari afin de l'aider à soutenir les charges du mariage; et cette constitution a son existence légale subordonnée à l'existence d'un mariage valable. La dot peut comprendre, d'une façon générale, tout ce qui peut augmenter le patrimoine du mari; droit réel, renonciation à un droit réel *dotis causâ*, créance contre un tiers, renonciation à une créance contre le mari, peu importe. D'autre part, la femme peut se constituer en dot tous ses biens sans exception; mais alors, et c'est là une différence à signaler avec la *manus*, il n'y a pas ici un mode d'acquérir à titre universel mais à titre particulier; les biens dotaux n'existent que déduction faite des dettes de la femme dont le mari n'est pas tenu (L. 72, D., XXIII, 3).

Pour faciliter la constitution de dot, on admit qu'elle pourrait avoir lieu à toute époque, même pendant le mariage, à la différence de notre droit français.

On distinguait trois sortes de dots, la dot profectice, adventice et réceptice. La dot était appelée profectice lorsqu'elle provenait du père ou de l'aïeul paternel, soit qu'elle eût été constituée par eux ou par quelqu'un pour leur compte. La dot adventice qui, dans ce sens général, comprend aussi la dot réceptice, est toute dot provenant d'une autre personne que le père ou l'aïeul paternel; telle est celle qui émane de la femme, de sa mère, de son aïeule ou d'un tiers. Enfin la dot adventice provenant d'une autre personne que la femme prend le nom particulier de réceptice, lorsque le constituant a stipulé sa restitution à la dissolution du mariage.

On distinguait encore à un autre point de vue la dot estimée ou non estimée. L'estimation pouvait intervenir dans un double but : lorsqu'elle était faite *venditionis*

causâ, la dot était vendue au mari au moment du mariage pour une certaine somme à laquelle il était tenu à la dissolution du mariage en remplacement de la dot ; au contraire l'*æstimatio taxationis causâ* n'avait pas pour résultat de modifier le mode de libération de l'obligation du mari ; elle avait uniquement pour objet de fixer la somme totale apportée en mariage par la femme.

Reste à dire un mot des modes de constitution de la dot. Ulpien (*Règles*, VI, § 1) s'exprime ainsi : « *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur.* » Il nous indique, par suite, trois modes de constitution de la dot : la *datio*, la *promissio* et la *dictio dotis*. La *datio dotis* est le mode le plus ancien et le seul qui ait survécu sous Justinien, comme nous le verrons plus tard. Il consistait dans la translation des différents objets qui composaient la dot en la propriété du mari, au moyen des actes d'aliénation reconnus par le droit civil, tels que la mancipation, la *cessio in jure*, ou la tradition pour les *res nec mancipi*. La *promissio dotis* n'est autre chose que la stipulation. Quand on voulut s'obliger simplement à donner une dot sans la livrer immédiatement, on recourut aux formalités de la stipulation ; le mari stipulait la dot, et celui qui voulait la constituer s'engageait à la donner. Enfin la *dictio dotis* était une forme particulière et spéciale dont les détails nous sont complètement inconnus, mais qui, on peut le supposer du moins, devait consister en une déclaration solennelle que l'on constituait une dot, sans aucune interrogation préalable du mari. (Ortolan, I, p. 377.) Ce mode à la différence des deux autres, était réservé à la femme ou à certaines personnes qui se trouvaient, à son égard, dans un rapport déterminé de parenté ou d'obligation.

On finit par considérer la simple promesse de dot comme obligatoire ; c'est ce que consacre une constitution de Théo-

dose et de Valentinien (C. 6, C., V, 11). Dès lors la *dictio dotis* dut commencer à disparaître; aussi verrons-nous qu'il n'en est plus question sous Justinien.

Maintenant que nous savons ce que c'est que la dot, et sous l'empire de quelles nécessités elle s'est introduite dans le droit romain, et développée au point de devenir la base d'un régime spécial, nous allons voir quels sont les droits du mari sur les bien dotaux.

§ II. — *Droits du mari sur les biens dotaux.*

Nous allons donc examiner ici les droits du mari sur les biens dotaux pendant le cours du mariage, et, une fois ces droits connus de nous, nous nous demanderons quelles sont les restrictions, et, d'une façon plus générale, les différentes modifications qu'ils ont eu à subir depuis l'origine du régime dotal jusqu'à Justinien.

A l'origine, il est hors de doute que la dot fut acquise au mari d'une manière aussi complète et aussi irrévocable que l'était, dans le mariage avec *manus*, la fortune entière de la femme. Et il en fut ainsi sans qu'il y eût lieu de distinguer entre les divers modes de constitution de la dot, comme le fait observer M. Demangeat (*Condition du fonds dotal*, p. 4). La cause de la dot est perpétuelle, nous dit Paul, et elle est donnée pour demeurer toujours au mari (L. 1, D. XXIII, 3). Aulu-Gelle nous apprend, d'autre part, que les actions en restitution de la dot restèrent inconnues jusqu'au divorce de Carvilius Ruga; il faut donc en conclure que, tout au moins jusqu'à cette époque, la dot donnée au mari fut confondue dans son patrimoine sans pouvoir en sortir, quel que fût le mode de dissolution du mariage. La preuve que les choses dotales sont la propriété du mari ressort encore clairement de Gaius (II, §§ 62

et 63). Nous verrons que la loi Julia prohiba l'aliénation du fonds dotal par le mari, ce qui laisse bien à supposer qu'il s'agit d'un propriétaire qui a seul pouvoir d'aliéner. Le même Gaius (L. 50, D. XLVII, 2) refuse à la femme l'action *furti* dans le cas où le *furtum* s'applique à une chose dotale, bien que la femme eût évidemment intérêt à ce que le *furtum* n'ait pas eu lieu, et accorde cette action exclusivement au mari; cela encore semble bien indiquer que la femme n'a aucun droit de propriété sur cette chose dotale, et que le mari seul en est propriétaire, ce qui s'accorde d'ailleurs avec les principes généraux de l'action *furti*. Enfin Ulpien (L. 24, D. XXV, 2) nous dit que, lorsque la femme a dérobé au mari, soit des choses faisant partie de son patrimoine propre, soit des choses dotales, celui-ci peut intenter la revendication (V. Demangeat. *op. cit.* p. 5 et suiv.).

Il semble donc qu'on peut affirmer comme certain que le mari, à l'origine, avait la propriété entière et absolue des choses apportées en dot par sa femme. Mais, à cet égard, une réflexion se présente à l'esprit. Nous avons vu que le droit romain, comme le droit français, considère la dot comme destinée à subvenir aux charges du mariage. Or, en droit français, on a conclu de là que la dot est essentiellement viagère, qu'elle cesse à la dissolution du mariage et que le mari en est simplement dépositaire. Nous venons de voir, au contraire, qu'à Rome c'était un véritable droit de propriété qui était reconnu au mari. Comment s'expliquer que, consacrant la dot à un même point de vue, les deux législations soient arrivées à établir une telle différence dans la condition des biens dotaux. L'explication de cette anomalie apparente est fournie par l'organisation de la famille romaine. En effet, à Rome, sauf le cas de la *manus*, les enfants ne succèdent qu'à leur

père et jamais à leur mère; les biens dotaux seuls pouvaient leur parvenir par l'intermédiaire de leur père. Or, les charges du mariage consistent surtout dans l'établissement des enfants; il fallait donc que les biens fussent constitués en dot définitivement, et c'est pour cela qu'on décida, comme nous l'avons vu, que la dot serait perpétuelle. Mais l'organisation de la famille romaine ne subsista pas toujours avec son caractère primitif. Elle subit diverses modifications; c'est ainsi qu'au deuxième siècle de notre ère, les enfants furent appelés à succéder à leur mère. Dès lors, on peut se demander si le droit du mari ne subit pas une transformation analogue, surtout à partir du jour où la dot fut soumise à la restitution, si ce droit de propriété ne se restreignît pas à un droit d'usufruit.

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur la solution à donner à cette question, et le cadre restreint de notre étude ne nous permet pas de lui consacrer de longs développements. Nous réservant cependant de voir dans notre dernière partie si les réformes de Justinien n'ont pas modifié le caractère et la nature du droit du mari, nous déciderons que, jusqu'à ce prince tout au moins, le droit du mari, quoi qu'on en ait dit, reste toujours un droit de propriété; le mari était toujours considéré comme *dominus dotis*. Et comme preuve de cette affirmation, on peut invoquer tout à la fois la qualification formelle des textes, et, d'autre part, la nature des droits exercés par le mari. Les textes, disons-nous, et à cet égard nous rappellerons d'abord les §§ 62, 63 de Gaius cités plus haut, où il nous dit que le mari ne peut aliéner le fonds dotal « *quamvis ipsius sit* »; la même solution est donnée par Ulpien qui s'exprime ainsi : « *Si res in dotem dentur, puto in bonis mariti fieri* ». (L. 7 § 3. D , XXIII, 3). Citons encore une constitution de Dioclétien (C. 23, C. V, 12) où il est dit formellement

que la femme ne peut pas vendre et livrer un bien dotal malgré son mari, parce qu'elle ne peut pas lui enlever une chose dont il a acquis la propriété : « *Rei tibi quæsitæ dominium auferre nolenti, minime poterit* ».

Nous avons dit encore que la nature des droits exercés par le mari indiquait nettement qu'il était propriétaire de la dot. Nous avons déjà indiqué, en effet, que c'est lui seul qui pouvait revendiquer les biens dotaux contre tout possesseur et même contre sa femme. Papinien, d'autre part (L. 21. D., XL, 1), nous dit que le mari solvable peut affranchir l'esclave dotal ; mais s'il est insolvable, l'affranchissement est nul car cette insolvabilité rend la dot exigible pendant le mariage ; et Pothier (*Pandectes. De jure dotium,* p. 37) nous indique que si le mari ne peut pas affranchir l'esclave dotal quand il est insolvable, c'est à cause de la loi *Ælia Sentia* qui prohibe les affranchissements faits en fraude des créanciers et non parce qu'il n'est pas propriétaire. Le mari a le droit de retirer des biens dotaux tous les fruits qu'ils sont susceptibles de produire ; ce que les esclaves dotaux peuvent acquérir, lui est acquis à lui-même. Une loi (L. 3. D., XXIII, 5) nous dit, en effet, que le fonds légué à l'esclave dotal est soumis aux restrictions de la loi *Julia*, parce qu'il fait partie de la dot ; et lorsque le testateur voulait que la chose léguée à l'esclave n'appartînt pas au mari, il devait s'en expliquer formellement, afin qu'à la dissolution du mariage on pût la rendre à la femme. — C'est encore le mari, *dominus dotis*, qui profite des accessoires de la dot, d'après ce que nous dit Paul (L. 4. D., XXIII, 3), supposant qu'on a constitué en dot une nue-propriété à laquelle vient se réunir ensuite l'usufruit. Gaius vient aussi nous dire que tout ce qui est acquis au moyen des deniers dotaux, tout ce qui remplace la dot, est affecté du même caractère de dotalité et appar-

tient par suite au mari : « *Res quæ ex dotali causâ comparatæ sunt, dotales esse videntur* » (L. 54. D., XXIII, 3), et nous voyons dans une constitution de Dioclétien (C. 12. C. V, 12) que lorsque le mari a acheté un fonds avec des deniers dotaux, la femme ne peut pas exercer l'action *empti;* elle n'a que l'action dotale, car elle n'a pas acquis la propriété de cette chose. C'est encore là une preuve que, même à cette époque, le mari était considéré comme propriétaire de la dot. Enfin le mari a un titre spécial pour lui permettre d'usucaper la chose d'autrui qui lui est apportée en dot, il l'usucape *pro dote*.

Nous avons déjà dit que c'est le mari qui a l'administration des biens dotaux, qui peut en retirer tous les fruits qu'ils sont susceptibles de produire, et en faire l'emploi que bon lui semble (L.L. 7, pr. 10 § 3. D. XXIII, 3.—C. 20, C. V, 12.) On décida encore en ce sens qu'il ne serait pas tenu de donner caution, ni de rendre compte de la gestion qu'il aurait faite (C. 1, C. V, 20.)

Les différents textes que nous venons de passer en revue et qui embrassent une longue période de l'histoire romaine, nous permettent, croyons-nous, de conclure que le droit du mari sur les biens dotaux fut d'une façon absolue et avec toutes ses conséquences à l'origine, et plus tard avec des restrictions qu'il nous reste à examiner, un véritable droit de propriété, et que ce caractère subsista jusqu'à Justinien.

Dans les premiers temps de Rome, le mari était donc propriétaire absolu de la dot pendant et après le mariage. Mais, nous avons dit aussi que son droit subit, par la suite, certaines modifications qui, si elles ne suffirent pas à en transformer le caractère, en restreignirent, du moins, considérablement les effets. Ces modifications, étudiées dans leur ensemble, peuvent se ramener à deux objets principaux : les unes, eurent pour but de restreindre les droits

du mari sur la dot pendant le cours même du mariage ; les autres, d'assurer à la femme la restitution de la dot à la dissolution de l'union conjugale, en l'entourant de garanties de plus en plus complètes. Nous allons jeter un coup d'œil rapide sur cette évolution du droit du mari, sans séparer l'un de l'autre ces deux ordres de restrictions, et en nous bornant à en présenter une exposition purement historique, sans entrer dans un examen détaillé, qui nous entraînerait en dehors des limites de notre sujet.

Le mariage, dans les premiers siècles, rend le mari propriétaire incommutable de la dot, et quand il se dissout par le prédécès de la femme, le mari conserve cette dot confondue dans son patrimoine, de même qu'il la transmet à ses héritiers s'il prédécède. Un premier adoucissement fut apporté lorsque la dot avait été constituée par le père et en sa faveur ; si sa fille meurt avant lui, le mari doit lui restituer la dot *solatii loco*, afin qu'à la douleur causée par la mort de sa fille, nous dit Pomponius, ne se joigne pas pour le père celle de voir la dot passer dans une famille étrangère (L. 6. D. XXIII, 3.). Toutefois, le mari aura le droit de retenir une certaine partie de la dot, s'il y a des enfants issus du mariage. Si le père est mort au décès de sa fille, la totalité de la dot reste entre les mains du mari, nous dit Ulpien (*Règles*, VI, § 4.)

Ce n'était là qu'un cas particulier où le droit de propriété du mari se trouvait résolu ; mais la restitution de la dot allait rapidement se généraliser avant même d'être sanctionnée par la loi, par suite du changement qu'opérait dans les mœurs l'introduction du divorce. On sait, en effet, que d'après la loi de Romulus, le divorce était refusé à la femme ; et il en fut ainsi, tant que le mariage avec les trois formes produisant la *manus* conserva une influence souveraine, et transporta la femme dans la famille de son mari ;

à cette époque, la dissolution du lien conjugal autrement que par la mort, ne se produisait que dans des cas extrêmement rares. Le mari seul pouvait répudier sa femme pour certains délits prévus et punis par la loi et en vertu d'un jugement du tribunal de famille; et, en pareil cas, tout en répudiant sa personne, il gardait ses biens. Mais, si le mari répudiait sa femme sans juste cause, cette répudiation arbitraire était punie comme un crime par la loi, qui attribuait alors à la femme la moitié des biens de son mari, et consacrait l'autre à Cérès. N'oublions pas, cependant, qu'à cette même époque, le mari qui surprenait sa femme buvant du vin, pouvait la tuer à coup de bâton sans que personne songeât à le blâmer; on considérait, au contraire, que c'était un excellent exemple. (Valère Maxime, II, VI.) Cette loi de Romulus ne dut pas d'ailleurs s'appliquer souvent en pratique, car, pendant une longue période d'années, les divorces semblent avoir été à peu près inconnus à Rome.

Mais un jour vint où les femmes, loin de craindre le divorce comme autrefois, le désirèrent souvent autant, sinon plus, que le mari, le considérant comme une bonne fortune, qui leur permettait d'arriver à une émancipation complète. Les divorces se multiplièrent à un tel point que l'auteur de la *Laudatio funebris Turiæ* nous dit qu'il est rare de voir des unions subsister pendant tant d'années, et n'être interrompues que par la mort d'un des époux et non par le divorce. Et, en pareil cas, on s'explique facilement que la confusion de la dot dans le patrimoine du mari devint intolérable, puisque la femme divorcée se trouvait dépouillée de tout ce qu'elle avait apporté à son mari. Il fallut imaginer un moyen de remédier à cet état de choses contraire aux mœurs nouvelles, et on y parvint au moyen des *cautiones rei uxoriæ*. La *cautio rei uxoriæ* n'était autre

qu'une stipulation dont on prit l'habitude de faire suivre le contrat de mariage, et par laquelle le mari promettait la restitution des biens de la femme en cas de divorce. Cette convention devint promptement de style pour tous les mariages, et le Préteur déclara que, lorsqu'elle aurait été oubliée, il donnerait une action appelée action *rei uxoriæ* pour y suppléer. Désormais donc, après que le divorce avait dissout le lien conjugal, le mari devait restituer à la femme les biens qu'elle avait apportés en mariage. Toutefois, dans le cas où le divorce était survenu par la faute de la femme, le mari avait le droit de retenir une certaine partie de la dot, proportionnellement au nombre des enfants (Pellat, *op. cit.*, p. 17 et suiv).

Une fois la restitution de la dot admise pour tous les cas de divorce, elle se généralisa rapidement, et l'on assimila bientôt à ce cas la situation de la veuve lorsque le mariage s'était dissous par le prédécès du mari ; toutefois, ce ne fut que sous Justinien que la restitution put avoir lieu également au cas du prédécès de la femme.

Avant d'aller plus loin, il nous est indispensable de dire un mot des donations entre époux. Dans le mariage *cum manu,* elles étaient impossibles puisque la femme ne possédait et ne pouvait rien acquérir en propre. Dans le mariage libre, au contraire, il y avait séparation absolue entre les deux patrimoines des époux qui pouvaient, par suite, passer entre eux tels contrats que bon leur semblait. Ils devaient donc logiquement pouvoir se faire des donations réciproques, et elles furent en effet permises tout d'abord ; cependant, vers le sixième siècle de Rome, on les prohiba et Ulpien nous dit que c'est à l'usage qu'il faut attribuer cette prohibition (L. 1, D. XXIV, 1). Quel en est le motif? Ulpien et Paul nous en donnent des motifs différents ; le véritable avait été bien compris par Sextus Cæcilius, dont

Paul nous rapporte l'opinion en ces termes : « *Quia sæpè futurum esset ut disculerentur matrimonia, si non daret is qui possit, atque eâ ratione eventurum ut venalicia essent matrimonia.* » (L. 2, D. XXIV, 1.) Plus tard, Caracalla décida que ces donations seraient valables lorsqu'elles auraient été confirmées par le prédécès du donateur sans révocation (C. 1, C. V. 16).

Donc, à l'époque où nous nous plaçons, c'est-à-dire à la fin de la République et jusqu'à Auguste, le mari doit rendre les biens dotaux à la dissolution du mariage, en même nature, qualité et quantité ou bien l'estimation pour les choses fongibles ou estimées dans le contrat, et identiquement pour les autres. Mais, comme le fait observer avec raison M. Ortolan (I, p. 397), cette obligation de rendre en nature n'était pas sanctionnée par des garanties capables de la rendre efficace ; le mari étant propriétaire pouvait toujours aliéner, et la femme à la dissolution du mariage n'avait plus contre lui qu'une créance illusoire. La femme ayant perdu sa dot, ne pouvait se remarier et, de là un dommage public aux yeux de l'Etat très favorable aux seconds mariages, comme en témoignent les textes de loi eux-mêmes : « *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possint* ». (L. 2, D., XXIII, 3).

Auguste voulut remédier à cette situation. A son avènement, Rome était épuisée par les guerres civiles et le trésor vide, en même temps que la multiplicité des divorces entraînait un débordement des mœurs qui contribuait encore à la dépopulation de l'Italie. C'est en s'inspirant des différents intérêts à sauvegarder qu'Auguste enleva tout d'abord au mari le droit d'aliéner la dot sans le consentement de sa femme, ce qui, en cas de divorce, assurait à la femme la restitution des biens qu'elle avait apportés. Cette inalié-

nabilité des biens dotaux fut consacrée par la loi Julia *De Adulteriis* rendue en l'an de Rome 737 (Paul., *Sent.*, liv. II, tit. XXI, B., § 2); elle s'appliquait aux immeubles dotaux situés en Italie. La vente de l'immeuble dotal étant prohibée il devenait par là même imprescriptible en ce sens qu'une personne quelconque ne peut pas commencer à usucaper le fonds dotal pendant le mariage; toutefois si l'*usucapion* était commencée avant le mariage, elle n'est pas interrompue par lui. Auguste alla même plus loin; il interdit au mari d'hypothéquer le bien dotal même avec le consentement de sa femme. Il avait en effet déjà défendu aux femmes de cautionner leur mari (LL. 1, 2, D., XVI, 1); or l'hypothèque du bien dotal consentie par la femme équivalait à un cautionnement de sa part; et puis il y avait un autre motif à cette prohibition; l'effet de l'hypothèque n'étant pas immédiat comme celui de la vente, la femme se serait laissé aller plus facilement à la consentir, et plus tard elle se serait trouvée dépouillée. Un peu après d'ailleurs, le sénatusconsulte Velléien vint interdire aux femmes de cautionner qui que ce soit, même un étranger. La loi Julia vint en outre accorder à la femme pour sa créance dotale un privilège qui lui permettait de ne plus craindre les dettes que le mari pourrait contracter. Ce privilège personnel à la femme, lui conférait le droit d'être payée avant les créanciers chirographaires du mari. Il se distinguait par une particularité remarquable. On sait en effet qu'en droit romain, les privilèges n'impliquant aucun droit réel, portaient sur l'ensemble du patrimoine du débiteur. Or, ici, le privilège de la femme, bien qu'affectant tous les biens du mari semble s'exercer d'une façon plus spéciale et avec plus de force sur les biens dotaux ou ceux acquis de deniers dotaux (L. 22, § 13, D., XXIV, 3 — L. 54, D., XXIII, 3).

En ce qui concerne la restitution de la dot, nous avons peu de choses à signaler; on attribue cependant en général à la loi Julia l'origine d'une rétention de la dot à cause des mauvaises mœurs de la femme, *ob mores,* quand le divorce intervenait par la faute de celle-ci; la quotité de cette rétention variait suivant qu'il s'agissait de *graviores mores* ou de *leviores mores*. Le mari adultère encourait également une peine; il était privé de tout délai pour la restitution de la dot; et si celle-ci était immédiatement restituable, il subissait une perte sur les fruits (Ulpien, *Reg.* VI, §§ 12, 13). Enfin la loi Julia faisait de la dot une nécessité légale, en obligeant le père ou l'aïeul à doter sa fille ou sa petite-fille (L. 19, D., XXIII, 2).

Sous les empereurs, signalons une nouvelle institution liée aux principes du mariage libre. Les donations étaient permises entre fiancés avant le mariage. Les textes du Digeste qui nous en parlent (LL. 5, 27, XXIV, 1) ne leur attribuent aucun caractère particulier. Elles n'étaient même soumises au droit de retour envers le donateur, dans le cas où le mariage n'avait pas lieu, que si cette condition avait été stipulée expressément (C. C. 10, 11, C. V, 3). Jusqu'à Constantin, elles ne subirent pas de modification; mais celles qui étaient faites à la fiancée devinrent de plus en plus fréquentes; celle-ci réunissait à ses propres biens ce qui lui avait été donné et apportait le tout à son mari en dot. Constantin ajouta à la donation comme à la dot, la condition tacite du mariage, mais elle dut toujours être faite avant (C. 15, C., V, 3). Cette donation pouvait aussi être faite au mari.

Gratien et Valérien décidèrent que si la femme se remariait, elle perdrait la nue-propriété de la donation dévolue en pareil cas aux enfants issus du mariage; elle n'en conservait que l'usufruit, sa vie durant, sans pouvoir l'aliéner.

(C. 3, C. V, 9). Théodose et Valentinien appliquèrent des règles identiques au mari qui avait gagné quelque chose des biens de sa femme, et, à partir de ce moment, la *donatio sponsalitia* prit le nom de *donatio ante nuptias* qui désigne plus spécialement la donation faite à la femme (C. C 5, 6, *eod. tit.)*. Valentinien changea l'ancien système; il établit une égalité de gains entre les deux époux, dans le cas où l'un d'eux mourait, laissant son père et sa mère vivants; en pareil cas, le mari n'a plus que la moitié de la dot adventice, et la femme la moitié de la *donatio ante nuptias*. Enfin, en cas de divorce, celui par la faute duquel il a lieu, perd tous ses droits contre la dot et la donation qui sont acquises par l'autre époux; le mari, cependant, si le divorce a été amené par la faute de la femme, conserve entre ses mains la donation entière, car la propriété en est réservée aux enfants issus du mariage (C. 8, C. V, 17.)

Nous avons ainsi indiqué les principales restrictions que le droit primitif du mari eut à subir jusqu'à Justinien; pour terminer notre étude, il faut examiner maintenant les innovations de ce prince, ce qui va faire l'objet de notre troisième et dernier chapitre.

CHAPITRE III

Situation faite au mari à la suite des réformes de Justinien.

Nous serons forcément très bref dans l'exposé de la situation faite au mari sous Justinien. Nous nous bornerons, sans entrer dans le détail des réformes de Justinien, ce qui nous entraînerait trop loin, à dire un mot de celles qui ont particulièrement pour effet de délimiter les droits du mari sur les biens dotaux, et nous indiquerons ensuite en quelques lignes la situation des époux envisagée dans leurs rapports moraux.

Avant d'aborder cet examen, il est indispensable de se rendre bien compte de la situation nouvelle créée par les progrès du christianisme dans les mœurs, situation qui rendait une réforme absolument nécessaire. Cette réforme, Justinien l'opéra. Nous avons eu à plusieurs reprises à revenir sur la constitution de la famille romaine, et nous avons dit que les principes sur lesquels elle reposait avaient leur base tout à la fois dans la religion et dans le droit civil, qui s'inspirait d'ailleurs de celle-ci. A mesure que l'idée religieuse s'affaiblit et que le droit civil perdit de plus en plus de sa rigueur primitive, nous avons vu que l'organisation de la famille s'était modifiée également, et que le lien qui unissait les époux finit par subir un relâchement tel qu'il se réduisait presque à une simple apparence. Ce relâchement qu'Auguste avait cru vainement arrêter par tout un ensemble de lois restées infructueuses, allait se

voir réprimer victorieusement par le christianisme : « Le Christ vient; il repousse au nom de sa mission divine le concubinat, l'adultère, le divorce, ces trois fléaux du monde romain; il relève la femme coupable et humiliée; il la rend à ses devoirs et au respect de l'homme. Il restitue à l'époux aussi sa dignité, sans lui rendre le pouvoir paternel et absolu de l'ancien chef de famille; il crée la puissance maritale, en la fondant sur l'amour et la nécessité d'un chef dans une société indivisible. » (Laferrière, *Hist.* 1, p. 200.)

Lorsque la religion chrétienne se fut de plus en plus répandue, les principes nouveaux dont elle s'inspirait influèrent considérablement sur les rapports de famille; mais les modifications qu'elle introduisit existaient surtout dans les mœurs sans être consacrées par les lois. Jusqu'à Justinien, en effet, on ne peut citer, dans l'ordre de choses qui nous occupe, que la réglementation de quelques points spéciaux inspirée par le Christianisme. Avec Justinien, les réformes vont prendre un caractère plus général Il change légalement les anciens principes et constitue la famille romaine sur de nouvelles bases; c'est ainsi qu'il substitue le lien du sang à celui de la puissance dans les successions, consacrant ainsi le triomphe du droit naturel sur ce qui pouvait subsister encore du vieux droit civil.

D'autre part, à son époque, la *manus* était tombée depuis longtemps en désuétude; les solennités de la *confarreatio* et de la *coemptio* n'existaient plus qu'à l'état de souvenir, et s'étaient vu remplacer par la célébration du mariage chrétien se contractant en présence de l'Église et par la bénédiction du prêtre, qui donnait ainsi naissance au lien religieux. La dot subsiste encore et sa nécessité nous est affirmée par saint Jérôme dans une de ses lettres où il nous dit qu'elle sert à distinguer l'épouse de la concu-

bine : « *Uxori tabulis et jure dotali opus est, quibus concubinæ sunt destitutæ.* » Remarquons, toutefois. que, bien que la nécessité de la dot soit reconnue par les Pères de l'Église, Justinien ne l'exige pas toujours. Si, en effet, il la rend obligatoire pour les personnes de haut rang et en cas de légitimation (CC. 10, 11, C. V, 27—Nov. 78, ch. IV) nous trouvons, par contre, plusieurs constitutions où il déclare formellement que la dot n'est point nécessaire à la validité du mariage (C. 20, C. V, 3, — C. 11, C. V, 17. — Nov. 74, ch. IV)

Les innovations introduites par Justinien dans le régime dotal et qui lui ont valu son titre d'*uxorius*, peuvent se résumer sous cinq chefs différents; elles portent : sur la constitution de la dot, — sa conservation et le pouvoir du mari pendant et après le mariage, — sa restitution et ses privilèges, — la *donatio propter nuptias* — le droit de succession du conjoint pauvre. Nous allons jeter un coup d'œil sur les quatre premiers points, nous bornant à mentionner le dernier qui se rattache moins directement à notre étude.

En ce qui concerne la constitution de dot, Justinien la déclare obligatoire, sous la réserve de ce qui a été dit plus haut, pour le père sur ses propres biens, et dans certains cas pour la mère; celle-ci n'y est tenue que « *ex magna et probabili causâ vel lege specialiter expressâ* » (C. 14, C. V, 12 — C. 19 § 1, C. 1, 5.)

Des trois modes de constitution de dot que nous avons signalés à l'époque précédente, la *datio,* la *promissio* et la *dictio,* les deux derniers ont disparu sous Justinien ; le premier seul est resté et le plus simple qui rendait le mari propriétaire, et c'est une question des plus controversées, comme nous le verrons bientôt, que de savoir si Justinien n'a pas modifié le caractère qui lui était reconnu dans le

droit classique. Toutefois, si la *promissio* et la *dictio* ont été supprimées en tant que formes de constitution de la dot, les effets qu'elles engendraient n'ont pas disparu d'une façon absolue; ils subsistent encore dans certains cas. En effet, les empereurs Théodose et Valentinien avaient déterminé les effets de la simple promesse de dot acceptée, dans une constitution (C. 6. C. V, 11) où nous lisons ce qui suit : « *Ad exactionem dotis, qualiscumque sufficere verba censemus, sive scripta, sive non, etiam si stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minimè fuerit subsecuta* ». Le mari a dès lors une *condictio ex lege* pour poursuivre l'exécution de la promesse de dot qui est devenue un pacte légitime.

Justinien accorde au mari une autre garantie pour obtenir la dot qui lui a été promise. Il décida que désormais la créance résultant pour le mari de la constitution de la dot, serait garantie par une hypothèque légale portant sur tous les biens du constituant (C. unic., § 1, C. V, 13).

Voyons maintenant par quelles mesures Justinien assure la conservation de la dot pendant le mariage. Tout d'abord, il faut remarquer qu'il conserve l'ancienne distinction entre les biens dotaux estimés et non estimés. En ce qui concerne les premiers, le mari a le droit d'en disposer comme bon lui semble, car l'estimation vaut vente en l'absence de clause spéciale; par suite, le mari échappe, à l'égard de ces biens, aux prohibitions de la loi Julia; il n'est débiteur envers sa femmeque d'une quantité, et la valeur de l'estimation pourra seule être exigée de lui à la dissolution du mariage. Quand il s'agit de biens non estimés, nous avons déjà vu que, sous Auguste, la loi *Julia* était venue interdire au mari d'aliéner, sans le consentement de sa femme, les immeubles italiques donnés en dot et de les hypothéquer, même lorsque la femme y consentait. Justinien étendit les

dispositions de la loi *Julia* à un double point de vue : il décida d'abord que les prohibitions qu'elle édictait s'appliqueraient à tous les immeubles dotaux, sans qu'il y eût à distinguer entre les immeubles italiques et les immeubles provinciaux, et, en second lieu, il établit qu'à l'avenir, toute aliénation de biens dotaux faite par le mari, même avec le consentement de la femme, serait nulle et de nul effet; et de même pour l'hypothèque (C. *uniq.*, § 15. C. V. 13.) La nullité de l'aliénation faite au mépris des prohibitions qui précèdent, est établie en faveur de la femme; aussi, dans tous les cas où elle ou ses héritiers peuvent demander la restitution de la dot, ils auront le droit de reprendre le fonds dotal, et l'action qui leur est accordée à cet effet ne peut pas être prescrite pendant la durée du mariage. Donc, sous Justinien, le fonds dotal, et par ces expressions il faut entendre l'immeuble donné en dot comme tel sans estimation, est absolument inaliénable; le mari ne peut ni en transférer la propriété, ni le grever *de jura in re*.

Nous arrivons ici à une question fort discutée, pour laquelle des solutions absolument contraires, ont été proposées par les différents auteurs, celle de savoir si les réformes de Justinien ont modifié la nature du droit du mari sur les biens dotaux. Nous avons en effet cherché à établir, dans le chapitre précédent, que, jusqu'à ce prince tout au moins, ce droit du mari sur les biens dotaux, malgré les restrictions dont il avait été entouré, n'en avait pas moins conservé son caractère de droit de propriété. Nous avons à nous demander maintenant si, sous ce prince, il en est de même, ou bien au contraire s'il faut dire avec plusieurs auteurs que, dès lors, le *dominium dotis* est passé de la tête du mari sur celle de la femme, que le mari n'est plus désormais qu'un simple administrateur.

La question s'est posée à propos de l'interprétation à donner à la constitution 30. C. V, 12. Nous allons nous efforcer de démontrer que cette constitution, qui date de 529, a eu uniquement pour but d'accorder à la femme, sur tous les biens dotaux, un droit de préférence opposable même aux créanciers hypothécaires du mari, mais sans droit de suite, et non de consacrer le droit de propriété qui serait reconnu à la femme, ainsi que l'affirme une opinion qui a généralement cours aujourd'hui. La question est assez délicate pour qu'il nous paraisse indispensable de placer le texte sous les yeux. Justinien s'exprime ainsi : « *In rebus dotalibus, sive mobilibus, sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen exstant, sive æstimatæ sive inæstimatæ sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus; et neminem creditorum mariti qui anteriores sunt posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare; cùm eædem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in ejus permanserint dominio; non enim quod legum subtilitate transitus eorum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est; volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere; ut sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur, per utramque viam, sive in rem sive hypothecariam, ei plenissimè consulatur.* »

Avant d'expliquer comment nous comprenons ce texte, nous devons dire un mot des opinions qui ont cru y découvrir un droit tout autre que celui qu'il nous paraît consacrer. D'après une première opinion, Justinien, dans la constitution 30, accordait à la femme une simple action en revendication, et cela, parce qu'elle est co-propriétaire du

fonds dotal. A cela, nous répondrons que Justinien, en laissant insérer dans le Digeste les textes que nous avons étudiés dans le chapitre précédent, et qui établissent d'une façon évidente, croyons-nous, le droit de propriété exclusive du mari sur la dot, pendant le mariage, se les est appropriés ; que pour lui aussi, au moment où le Digeste a été rédigé, le droit du mari avait conservé son caractère primitif. Il faudrait donc que la Constitution 30 ait modifié la façon de penser du prince ; et, cependant, rien dans son texte ne nous autorise à le croire. En effet, il dit au contraire que le mari est propriétaire aux yeux du droit civil, *ex legum subtilitate*, et que ce n'est que *naturaliter* que la femme semble avoir conservé la propriété de sa dot. Nous nous expliquerons, d'ailleurs, plus complètement dans un instant, sur la valeur de ces expressions (*Contrà M. Labbé*, *Ortolan*, 12ᵉ édition, p. 939 et suivantes).

Dans un second système, on soutient que la Constitution 30 a pour but d'accorder à la femme une hypothèque privilégiée ; mais, c'est aller trop loin, car le dispositif de notre loi ne parle que d'une *prærogativa*, c'est-à-dire d'un droit de préférence uniquement. D'ailleurs, si notre texte avait établi une véritable hypothèque pour la femme, on ne comprendrait pas que la loi unique *De rei uxoriæ actione*, rendue un an plus tard et qui déclare accorder une hypoque à la femme, ne se soit pas référée à la première ; nous voyons, au contraire, que, dans cette loi, Justinien nous présente l'hypothèque de la femme comme une création absolument nouvelle. Ajoutons que, dans ce système, on n'explique pas la partie du texte qui parle d'une action *in rem*.

D'autres auteurs, enfin, prennent à la lettre le texte de la Constitution 30, et permettent à la femme de choisir entre l'action réelle et l'action hypothécaire, solution qui

vient se heurter aux mêmes objections que nous venons de présenter.

Il n'est peut-être pas inutile de faire remarquer ici que les auteurs qui accordent à la femme une action en revendication se trouvent dans un certain embarras en présence du texte. Nous avons vu, en effet, que Justinien, en parlant des biens dotaux pour lesquels la femme aura une *prærogativa* ajoute : *si tamen exstant*. Comment entendre ces mots? Les uns les traduisent littéralement, et accordent à la femme une revendication absolue contre quiconque peut détenir les choses dotales ou quasi-dotales. La conséquence de cette interprétation, c'est, d'une part, comme le dit fort bien M. Mayntz (T. 3, p. 41, n. 42), d'attribuer à Justinien une trivialité intolérable et, d'autre part, d'arriver à cette énormité juridique pour laquelle les commentateurs ont créé les mots de *condominium plurium in solidum, dominium dormiens, quiescens, naturale;* en d'autres termes, on arrive à admettre que le droit de propriété qui, de son essence, est absolument exclusif, peut résider cependant, dans toute son intégrité sur deux têtes différentes. Les autres traduisent ces mots comme nous croyons logique de le faire nous-même de la façon suivante : « Pourvu que ces choses existent encore chez le mari » La pensée de Justinien ressort, en effet, très nettement de la comparaison des lois postérieures, notamment de la loi 12 § 1, C. VIII, 18. Mais alors, voici une action en revendication qui ne pourra être exercée que contre le mari, alors que le principe même de l'action en revendication est qu'elle est donnée envers et contre tous. Cette explication va donc à l'encontre des principes généraux du droit.

Nous repousserons en conséquence ces différents systèmes pour admettre avec M. Gide (*Caractère de la dot*, p. 169 et suiv.), que la Constitution 30 a eu pour but unique d'éten-

dre et compléter le privilège de la femme. C'est, qu'en effet, ce privilège constituant un simple droit personnel, ne pouvait être opposé aux créanciers hypothécaires du mari; par suite, si la dot de la femme se composait de meubles, et que le mari les eût hypothéqués, la femme se trouvait absolument sans défense; elle ne pouvait pas, en effet, invoquer la loi Julia qui ne s'appliquait pas aux meubles, ni son privilège qui ne pouvait être opposé aux créanciers hypothécaires.

La lecture du texte d'ailleurs ne s'oppose nullement à cette solution. On peut le diviser en deux parties; la première allant jusqu'aux mots *cùm eædem res* constitue le dispositif de la loi, tandis que la dernière partie n'a pour but que d'en exposer les motifs et la justification. Dans la première partie que voyons-nous? Justinen accorde à la femme une *prærogativa*, c'est-à-dire uniquement un droit de priorité, droit qui ne s'exerce que sur les biens qui se trouvent encore faire partie du patrimoine du mari, et qui s'exerce non pas contre les tiers détenteurs que la loi semble exclure par les mots, « *neminem creditorum mariti* », mais contre les créanciers soit chirographaires soit hypothécaires du mari. Il n'y a donc là, comme nous le disions en commençant, qu'un simple droit de préférence sans droit de suite.

Toutefois le caractère de ce privilège constituait une innovation assez importante pour que Justinien se soit cru obligé d'en exposer les motifs avec la verbosité dans laquelle il se complaît. En effet il décidait qu'un simple privilège passerait avant des hypothèques, ce qui devait choquer tous les principes admis en cette matière dans le droit romain; et voilà pourqoi il s'efforce de justifier l'anomalie qui résulte de la loi qu'il édicte en disant qu'à la vérité, en se plaçant uniquement au point de vue théorique, *legum*

subtilitate, le mari est seul propriétaire de la dot, mais qu'au point de vue pratique, dans la réalité des choses, *rei veritas*, la dot qui était la propriété de la femme au moment du mariage, n'a jamais cessé de lui appartenir. On peut donc, par une fiction légale, admettre que la femme a conservé sur les choses dotales un droit de propriété naturelle qui lui permettra de reprendre ces biens comme s'ils étaient demeurés sa propriété ; ou bien, par une autre fiction, on peut lui reconnaître sur les biens dotaux une hypothèque antérieure à toutes les autres. Et maintenant que l'on donne à l'action dotale le nom de revendication ou d'action hypothécaire, peu importe du moment que l'on arrive ainsi à assurer à la femme une entière sécurité.

Donc la constitution 30 n'a point accordé à la femme une véritable hypothèque. Elle ne lui donne point non plus un droit de propriété. Car, pour qu'il en fût ainsi, il faudrait tout d'abord démontrer de deux choses l'une : ou bien que le mari n'a jamais été propriétaire de la dot, et nous avons cité de nombreux textes qui prouvent le contraire ; ou bien que son droit de propriété était soumis à une condition résolutoire, de telle façon que la dissolution du mariage aurait fait rentrer immédiatement ces biens dans le patrimoine de la femme ; or le mot *permanserunt* dans la constitution 30 est manifestement contraire à cette explication. On pourrait dire qu'elle se trouve également en contradiction avec les principes mêmes sur lesquels est basé le droit de propriété ; que ce droit en effet étant absolu est par là même un droit perpétuel et que, par suite, si la propriété peut être soumise à une condition, elle ne saurait l'être à un terme tel que le serait la dissolution du mariage. Ne lisons-nous pas, en effet, dans le § 283 des *Fragmenta Vaticana* les mots suivants : « *Cùm ad tempus proprietas transferri nequiverit* ». Mais cet argument que donne

M. Gide n'a peut-être pas dans notre espèce toute l'autorité qu'il semble offrir au premier abord, étant donné que dans la constitution 2, C., VIII, 55, qu'il attribue d'ailleurs à Dioclétien, Justinien, rapportant une espèce identique à celle qui fait l'objet du § 283, déclare formellement que la propriété peut être transférée jusqu'à l'arrivée d'un terme quelconque : « *cùm etiam ad tempus certum vel incertum, ea (donatio) fieri potest* ». On pourrait donc prétendre que Justinien a voulu précisément changer la règle admise jusqu'à lui et par suite on ne pourrait voir là un argument sérieux pour l'explication de la constitution 30.

Laissons-le donc de côté; aussi bien le texte même de cette constitution s'oppose clairement par lui seul à ce qu'on puisse reconnaître à la femme un droit de propriété sur les biens dotaux. Nous avons vu en effet que Justinien lui accorde sa *prærogativa* dans tous les cas sans exception qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, de choses estimées ou non estimées; si donc on veut trouver dans la constitution 30 le droit pour la femme, devenue propriétaire, d'exercer la revendication, il faudrait aller jusqu'à dire que cette revendication sera possible pour les meubles dotaux et les biens dotaux estimés et alors on se trouve dans une contradiction flagrante avec la loi unique § 15, C , V, 13, où Justinien dit en termes qui ne peuvent laisser subsister aucun doute que, tout en étendant la loi Julia aux fonds provinciaux, il conserve et confirme les distinctions établies par cette loi. Donc ce droit qu'il reconnaît à la femme sur tous les biens dotaux sans distinguer entre eux ne peut être qu'un droit de créance.

Nous allons voir que l'on ne peut pas rencontrer non plus dans les autres innovations de Justinien la preuve qu'il ait entendu reconnaître à la femme un droit de propriété sur les biens dotaux.

En 530, il transforme le privilège que nous venons d'étudier en une hypothèque tacite (Const. uniq. C. V. 13). Le droit de suite qui en était la conséquence, s'unissant au droit de préférence qu'elle avait déjà, vint permettre à la femme d'agir, non plus seulement contre son mari, mais contre tout tiers détenteur. Toutefois, l'action qui est ainsi accordée à la femme n'est point une revendication, mais une simple action hypothécaire; nous venons de dire, en effet, que cette même loi confirme les dispositions de la loi Julia et laisse le mari libre d'aliéner les meubles dotaux, que la femme, par suite, ne peut pas réclamer en nature.

Enfin, l'année suivante, par la constitution Assiduis (C. 12 § 2, C. VIII, 18), Justinien accorde à cette hypothèque un privilège qui prime tous les créanciers hypothécaires du mari, même ceux qui ont un droit antérieur au mariage.

Quand nous aurons signalé les changements introduits dans les modes de restitution de la dot (C. uniq., C. V, 13), restitution qui pouvait être exigée même pendant le cours du mariage en cas de péril de la dot, l'identité de la peine encourue en cas de divorce par le mari ou la femme qui l'avait provoqué; l'obligation pour le mari en cas de prédécès de la femme d'abandonner la dot tout entière à ses héritiers sans pouvoir rien en retenir que pour les impenses, il ne nous restera, pour terminer ce que nous avons à dire sur les réformes de Justinien, qu'à ajouter quelques mots sur une institution dont nous avons signalé la naissance sous les empereurs et dont le caractère fut modifié par lui, la donation *propter nuptias*.

Justinien nous apprend lui-même dans les Institutes (*De Donat.*, § 3) que la donation qu'il appelle *propter nuptias* était inconnue des anciens jurisconsultes, et qu'elle a été introduite par des empereurs plus récents sous le

nom de *donatio ante nuptias,* parce qu'elle devait être faite avant le mariage et ne pouvait être augmentée pendant sa durée. Dans une constitution (C. 20. C. V, 3) l'empereur nous indique le caractère spécial de cette donation en nous disant qu'elle est faite à cause de noces, c'est-à-dire *propter dotem;* elle est faite par le mari à la femme, parce que la femme apporte une dot à son mari; elle n'est que la contre-partie de la dot « *antipherna* ». De là, on tire les conséquences suivantes : d'abord, elle ne sera pas soumise aux règles ordinaires des donations; en second lieu, elle sera soumise aux mêmes règles que la dot. De ces deux règles, la première n'est vraie que sous Justinien, car, avant lui, elle devait avoir lieu avant le mariage et était soumise à l'insinuation. Il décide (C. 19. C. V, 3) que si la femme augmente sa dot pendant le mariage, le mari pourra augmenter d'une valeur égale la donation *propter nuptias.* Il permit de la constituer même pendant le mariage, et par suite, elle échappe désormais à la prohibition des donations entre époux; en outre, la novelle 119 § 1 la dispense de l'insinuation; il est vrai qu'un peu plus tard, une autre novelle l'y soumit.

En second lieu, la donation *propter nuptias* est soumise aux mêmes règles que la dot; le père, après l'émancipation, est tenu de constituer à son fils une donation *propter nuptias;* de même pour la mère en certains cas, à moins que l'enfant n'ait une fortune personnelle (C. 7. C. V. 11.) Elle confère à la femme la propriété de la chose donnée de la même manière que la constitution de dot transfère au mari le domaine des choses dotales. Toutefois, cette propriété était analogue au droit du mari sur la dot; là encore on considérait qu'au point de vue du droit naturel, le mari restait propriétaire. Le parallélisme de la dot et de la *donatio propter nuptias* sur ce point est ainsi

établi dans la Nov. 22, ch. 20 § 1 : « *Habebunt quidem propria, hoc est dotem quidem mulier, sponsalitiam vero largitatem veri.* » Pendant le mariage, le mari a l'administration et la jouissance de la *donatio propter nuptias;* toutefois, dans le cas de déconfiture, cette administration et cette jouissance passent à la femme. En pareil cas, elle peut exiger la délivrance de la *donatio*, de même qu'elle peut exiger la restitution de sa dot, mais sans acquérir la libre disposition de l'une ni de l'autre; elle n'a que l'administration et la jouissance à la charge d'employer les revenus à subvenir aux besoins de la famille (C. 29. C. V, 12), ce qui démontre bien, soit dit en passant, que la destination de la donation *propter nuptias* est la même que celle de la dot et qu'elle n'a pas seulement pour but, comme l'ont prétendu certains auteurs, d'assurer à la femme une garantie de sa dot ou un avantage en cas de survie.

Pour terminer cette étude, il ne nous reste plus qu'à ajouter un mot sur la situation des époux, envisagée dans leurs rapports personnels. Sous Justinien, par suite de l'influence des idées chrétiennes, les devoirs réciproques des époux étaient à peu de choses près, ce qu'ils sont aujourd'hui, avec cette différence qu'au lieu d'être surtout des règles morales, des loi expresses avaient fait de la plupart d'entre eux des obligations juridiques. Signalons d'abord le droit du mari à l'obéissance de sa femme, droit que le christianisme proclamait en disant que le mari est *caput mulieris;* le droit de cohabitation inhérent à l'essence même du mariage. La femme a comme domicile nécessaire celui du mari; en outre, les époux se doivent mutuellement secours, fidélité et assistance. En ce qui concerne la violation du devoir de fidélité, Justinien établissant une réciprocité complète entre les deux époux, l'adultère du mari permet désormais à la femme de le repousser par un divorce en retenant

avec sa dot la *donatio propter nuptias* (Nov. 117, cap. 8 § 2, cap. 9 § 5.

Nous n'en dirons pas plus long à cet égard et nous nous bornons à renvoyer à ce que nous avons dit dans le chapitre précédent au sujet des droits du mari sur la personne de sa femme, les développements que nous avons fournis à ce sujet s'appliquant presque tous sous Justinien.

Nous voici arrivé au terme de cette étude ; et si nous jetons un regard sur le chemin que nous venons de parcourir, pour caractériser d'un mot l'évolution qui a transformé les rapports juridiques des époux, nous ne saurions mieux faire que de répéter, en terminant, les paroles de M. Troplong déjà citées : « Au début de la société romaine tout est arrangé dans l'intérêt du mari ; par la législation de Justinien, tout est arrangé dans l'intérêt de la femme. »

DROIT FRANÇAIS.

DE L'HYPOTHÈQUE MARITIME.

INTRODUCTION.

Du Crédit maritime dans l'antiquité et jusqu'aux lois de 1874 et 1885.

Chez les Grecs, peuple essentiellement maritime, le crédit réel se manifesta tout d'abord sous la forme de l'hypothèque maritime ou plutôt du contrat à la grosse, *nauticum fœnus,* avec affectation sur les marchandises, le navire et probablement aussi le fret; mais, pour ce dernier, une controverse s'est élevée, car tous les auteurs ne s'accordent pas sur l'interprétation du mot ναυλος ou ναυλον qui figure dans le discours de Démosthènes contre Lacritus, d'où sont tirés la plupart des renseignements relatifs à cette matière. L'action du prêteur était subordonnée à l'heureuse arrivée du navire, mais l'hypothèque pouvait, d'ailleurs, avoir été consentie par l'emprunteur sur tous autres biens lui appartenant, en dehors des objets qui avaient servi de base au contrat. Voici comment les choses se passaient or-

dinairement : Le prêteur avançait une certaine somme sur des marchandises que le navire devait charger à tel endroit pour les transporter dans un lieu également déterminé, l'emprunteur déclarant ne rien devoir et promettant de ne contracter aucune dette sur lesdites marchandises. Le prêt pouvait être fait soit pour l'aller seulement, soit pour l'aller et le retour, et, dans ce dernier cas, les marchandises chargées au retour étaient ordinairement subrogées à celles chargées pour le voyage d'aller. Dans un certain délai après l'arrivée, l'emprunteur devait rendre le montant du prêt avec les intérêts, généralement très élevés (22,5 °/₀ dans le discours de Démosthènes contre Lacritus). Dans le cas de prêt pour l'aller et le retour, les créanciers peuvent, dès après l'arrivée, prendre possession des marchandises, et faute d'être payés dans le délai, ils les hypothèquent à un tiers qu'ils subrogent à leur lieu et place ou les vendent pour se payer sur le prix. Si le prix de la vente est insuffisant, les créanciers peuvent poursuivre le paiement du solde sur tous les biens de terre ou de mer du débiteur. On n'a pas d'autres détails à ce sujet. Ajoutons qu'il semble bien résulter des quelques documents qui sont en notre possession qu'il n'y avait pas d'hypothèque légale, et on a eu probablement tort de soutenir que, dans tout prêt maritime, le navire était tacitement subrogé. Il faut reconnaître d'ailleurs que, dans le cas de transport maritime, le créancier avait un droit de rétention présentant une grande analogie avec l'hypothèque. (V. Jourdan, *Études de droit romain : l'Hypothèque.)*

A Rome, nous trouvons deux modes de crédit maritime : les hypothèques et les privilèges. L'évolution qui a donné naissance à l'hypothèque est signalée par tous les auteurs : à l'origine, aliénation fiduciaire, le débiteur transférait la propriété de la chose hypothéquée au créancier, et, par la

clause de fiducie, celui-ci s'engageait à la retransférer après parfait paiement; plus tard, contrat de gage, *pignus,* ne transférant plus que la possession, et enfin droit réel d'hypothèque qui, tout en laissant la chose en la possession du débiteur, donne au créancier un droit de suite et un droit de préférence pour se faire payer sur le prix. Toutefois une particularité remarquable de l'hypothèque romaine, c'est que le premier créancier seul pouvait faire vendre l'objet hypothéqué. Cette hypothèque peut parfaitement avoir pour objet une *universitas rerum*, comme un navire. Le principe était, en effet, que l'hypothèque ayant pour objet de permettre la vente, tout ce qui pouvait être vendu pouvait être hypothéqué. On ignore, d'ailleurs, les résultats produits par l'hypothèque sur navire à Rome. Quant aux privilèges, la loi 26 *De Rebus auct. jud.* (D., XLII. 5.) nous dit que celui qui a prêté soit pour la construction, l'achat ou l'équipement d'un navire, est privilégié à raison de la cause de sa créance. Mais il n'y eut pas d'hypothèque tacite ajoutée au privilège pour les créanciers d'un navire. Ce privilège ne donne d'ailleurs qu'un droit de préférence opposable seulement aux créanciers chirographaires.

Passons maintenant à notre ancien droit. Dans les pays de droit écrit, on retrouve les privilèges et les hypothèques du droit romain; mais on doit signaler un règlement de procédure des consuls de Valence, de 1343, qui classe les privilèges et distingue suivant que le navire n'a pas navigué ou a fait un voyage en mer.

Dans les pays de coutumes, à la différence du droit romain, les privilèges engendrent tout à la fois un droit de préférence et de suite. Quant aux hypothèques, elles étaient impossibles en vertu du principe que les meubles ne sont pas susceptibles d'être hypothéqués. Par exception cependant, certaines provinces admettaient une hypo-

thèque mobilière donnant uniquement un droit de préférence sur le prix (Loyseau, *Des Offices*, III, ch. v n° 28). Quelques auteurs allaient même plus loin et assimilaient les navires aux immeubles, ce qui offrait cette anomalie d'une hypothèque portant sur un meuble et donnant un droit de suite. (D'Argentré, sur art. 265 *de la Coutume de Bretagne*. Cleirac, *Jurisd. de la mer*, art. 5 n° 12. — Arrêts des 10 janvier 1531, 11 avril 1541. — Résolution du Sénat d'Amsterdam, 9 janvier 1570). La coutume de Normandie ne reconnaissait pas ces effets à l'hypothèque des navires, mais elle exigeait les mêmes formalités pour leur vente par décret que pour les ventes d'immeubles. Mais, dans tous les cas, on peut dire que jamais notre ancienne jurisprudence n'assimila complètement les navires aux immeubles, car ils étaient soustraits au retrait lignager et aux droits seigneuriaux. Il n'est pas besoin d'insister longuement sur les dangers qu'entraînait le défaut de publicité des hypothèques sur navires dans les coutumes qui les admettaient, et sur les difficultés qui en étaient la conséquence, soit pour l'achat, soit pour la vente des bâtiments. Aussi un édit d'octobre 1666 vint-il déclarer que les navires ne pourront plus, désormais, être assimilés aux immeubles et ne pourront plus être hypothéqués (*Recueil de Néron*, t. II, p. 60). A partir de ce moment, l'hypothèque maritime disparaît de notre législation jusqu'en 1874.

La célèbre ordonnance de 1681 maintient les privilèges qui avaient été conservés depuis le droit romain. Ils sont classés dans les articles 16 et 17 du livre I titre XVI, intitulé : *De la saisie des vaisseaux*, et l'ordonnance distingue encore, au point de vue de leur extinction, si le navire a fait ou non un voyage en mer. La doctrine et la jurisprudence ne considérèrent pas d'ailleurs cette énumération comme limitative. Ces privilèges emportaient un droit de

suite et un droit de préférence; et l'ordonnance, tout en déclarant les navires meubles, établit le droit de suite au profit de tous les créanciers de l'armateur sans exception, même chirographaires. On voit que ce système constituait une sorte de transaction entre les pays de droit écrit et les pays de coutume.

Vint le Code de commerce. En 1807, les principes de l'ordonnance de 1681 sont consacrés par notre législation commerciale; on y trouve le même droit de suite, les mêmes privilèges, mais il en est fait une énumération restrictive. Les développements de l'industrie maritime rendirent bientôt ces modes de crédit insuffisants. Le droit de suite de l'article 190, n'est pas sérieux; d'une part, les prêteurs non privilégiés n'ont pas de droit de préférence, et, d'autre part, le navire est susceptible d'être offert trop souvent en garantie. Le nantissement était bien possible en théorie, car les articles 2071 et suivants du Code civil sont de droit commun; mais, en pratique, la mise en gage du navire ne se comprendrait pas, car elle le condamne à l'immobilité, ce qui le rend improductif, et elle oblige le créancier à des frais de garde et d'entretien absolument ruineux. La vente du navire elle-même était insuffisante à procurer du crédit, car la disposition de l'article 190 fait que l'acheteur ne consent à payer son prix qu'après un voyage en mer. Restait le prêt à la grosse comme dernière ressource; mais cette ressource n'était pas sans danger. Il peut exister, en effet, des prêts antérieurs au contrat et inconnus du prêteur qui court, par là, le risque de n'être pas payé; et, à un autre point de vue, le taux élevé de l'intérêt maritime enlève le plus souvent à l'emprunteur à la grosse tous ses bénéfices. On voit donc qu'en résumé, les moyens de crédit réel maritime organisés par le Code de commerce étaient presque nuls.

Aussi, en présence de cet état de chose dont elle avait à souffrir, la pratique avait-elle imaginé plusieurs moyens indirects pour se procurer ce crédit que la loi ne lui permettait pas d'obtenir directement. On peut signaler trois formes différentes dont la première nous est indiquée par M. Pardessus, dans les termes suivants : « Le créancier doit se faire remettre les pièces qui constatent la propriété et qui représenteront entre ses mains le navire, que la nature des choses et l'intérêt commun obligent de laisser voyager.... Détenteur de ces pièces, sans lesquelles on ne peut faire valablement la vente d'un navire, il requerra l'énonciation de son acte de nantissement sur les registres d'inscription maritime, et fera opposition à ce qu'on délivre à son préjudice des passe-ports à un acquéreur qui aurait acheté le navire du débiteur par qui il aurait été donné en gage. » Ce moyen avait pour moindre défaut d'être impraticable, car l'article 226 du Code de commerce exige que le capitaine ait toujours l'acte de propriété entre les mains; et, d'autre part, c'est sur les registres de la douane que devrait être mentionnée l'énonciation de l'acte de nantissement.

Un second système admis par la jurisprudence, consiste à mentionner purement et simplement l'acte de nantissement sur les registres de la douane, ce qui répondrait suffisamment aux exigences de l'article 2076, car les tiers sont ainsi avertis des charges qui grèvent le navire (*Recueil du Havre*, 1862, II, p. 140. — *Recueil de Marseille*, 1855, I, p. 177), et, étant donné le caractère particulier que présente le navire en tant que meuble, la possession n'est pas indispensable. On peut répondre à ce système que les privilèges sont de droit étroit; que l'article 2076 exige la dépossession du débiteur et la mise en possession du créancier, et que si le législateur a fait exception à cette règle,

dans le cas prévu par l'article 92 du Code de commerce, on ne trouve pas par contre un seul article qui témoigne de son intention d'y déroger en faveur du navire.

Enfin, la jurisprudence avait encore admis la validité d'une troisième façon de procéder, la plus usitée dans la pratique. L'emprunteur passe un acte de vente avec le créancier, et cet acte est relaté sur l'acte de francisation et les registres de la douane ; puis, intervient une contre-lettre conférant un droit de gage et expliquant que la vente avait uniquement pour but la mise en possession. Une fois le paiement effectué, la rétrocession s'opérait. M. Grivart, lors de la discussion de la loi de 1874, compara ce mode à la *mancipatio fiduciæ causâ*. Cette comparaison n'était pas absolument exacte, car, dans les rapports du créancier et du débiteur, c'est seulement la possession qui était ici transférée et non la propriété comme à Rome. (Cass., 23 juillet 1844. — 2 juillet 1856. D. 56, 1, 427.) Ce système présentait des inconvénients sérieux provenant de l'article 1321 du Code civil, aux termes duquel les contre-lettres ne sont pas opposables aux tiers; par suite, un créancier privilégié avant un voyage en mer, pouvait enlever au créancier acheteur la possession de la chose. En outre, le débiteur se trouve à la merci du créancier qui, propriétaire vis-à-vis des tiers, peut vendre le navire. D'autre part, en ce qui concerne les affréteurs, le créancier étant l'armateur en titre, ne peut saisir le navire, ni empêcher son départ. (Trib. com. de Marseille, 25 juillet 1832.) Enfin, l'acheteur apparent encourt vis-à-vis des tiers la responsabilité édictée par l'article 216 du Code de commerce.

Lors de la discussion de la loi de 1874, M. Sébert proposa, au lieu de créer l'hypothèque maritime, de déclarer que les navires pourraient être donnés en gage en modifiant en ce sens l'article 2076, et en y ajoutant cette dispo-

sition : « Toutefois, si le gage a pour objet un navire, la conservation en incombera au débiteur ; il suffira, pour la validité, que mention en soit faite sur un registre spécial tenu par le receveur des douanes du lieu où le navire est en construction ou de celui où il est immatriculé. Si le navire a déjà un acte de francisation, le gage doit être mentionné au dos dudit acte par le receveur des douanes. Le désistement ou l'extinction du droit de gage devra résulter d'un acte authentique ou d'un jugement passé en force de chose jugée. » Ce système ne fut pas admis et cela avec raison. Il avait, en effet, pour résultat de créer une institution bâtarde qui battait en brêche les principes fondamentaux sur lesquels est basé le droit de gage, sans donner cependant des résultats pratiques suffisants. Le gage provenant de la convention et n'exigeant pas la dépossession du débiteur, se réduisait en somme à une hypothèque sans avoir, comme celle-ci, l'avantage de permettre des emprunts successifs.

L'hypothèque à laquelle nous arrivons maintenant avait-elle donc pour conséquence de créer une situation antijuridique ? Rien de moins exact. Le navire était déjà susceptible d'un droit de suite et d'un droit de préférence, en vertu de la loi, et le législateur de 1874 s'est borné à permettre à la convention des parties de donner naissance à ces deux droits. On fait cependant à l'hypothèque maritime, envisagée d'une façon générale comme moyen de crédit, quelques objections dont nous allons résumer les principales, en nous efforçant d'en démontrer le peu de fondement. On objecte : 1° la fragilité du gage hypothécaire portant sur un navire. Nous répondrons à cela que, par la nature même des choses, le navire est assurément un gage plus fragile qu'un immeuble, mais cela ne l'empêche point d'être l'objet de nombreux contrats, tels que : prêts, assurances, trans-

ports, etc.; 2° on ajoute que l'hypothèque est gênante pour l'armateur qui se voit obligé d'assurer le navire; mais, si l'armateur est obligé d'assurer, il ne fera que pourvoir à ses propres intérêts et à ceux des prêteurs devenus ses créanciers; son crédit ne sera pas plus ébranlé que lorsqu'il donne en gage ses marchandises sur warrants; 3° on dit encore que la priorité des privilèges de l'article 191 fera parfois disparaître le gage et diminuera toujours la sûreté du prêt; mais est-ce qu'en matière immobilière les privilèges ne diminuent pas également le gage et ira-t-on jusqu'à nier pour cela l'utilité de l'hypothèque? D'ailleurs, même s'il y a eu prêt à la grosse, dans le cas où le navire aurait péri, le créancier hypothécaire qui se sera fait subroger aux droits de son débiteur aura droit à l'indemnité d'assurance; et, si le navire n'a pas péri, il devra être payé intégralement, puisque l'abandon du navire et du prêt ne peut être fait à l'encontre de ses droits; 4° enfin, on fait valoir ce fait, trop vrai malheureusement, qu'en France les capitaux ne vont pas aux affaires maritimes. A cela, on ne peut faire qu'une réponse, c'est qu'on est en droit d'espérer que les mœurs financières du pays changeront le jour où, sous l'influence du crédit, l'industrie maritime aura acquis un développement plus conforme au rang que nous occupons en Europe.

En 1867, à la suite de l'enquête ouverte en 1862 devant le Conseil supérieur du commerce, la Commision avait conclu à l'adoption de l'hypothèque maritime. Un titre entier (tit. VII, art. 311-336) lui était consacré. Le 19 juillet 1872, l'Assemblée nationale fut saisie du titre relatif à l'organisation de l'hypothèque navale détaché du projet de 1867. La proposition fut renvoyée à la Commission et prise en considération en janvier 1873, sur le rapport de M. Alfred Dupont. La Commission introduisit différentes

modifications et, le 21 mars 1874, un nouveau rapport fut présenté par M. Grivart (délibération des 21 mars, 22 mai, 27 et 30 juin). La loi sur l'hypothèque maritime fut votée le 10 décembre 1874, promulguée le 22 et exécutoire le 1er mai 1875.

L'hypothèque maritime, que la loi de 1874 introduisit ainsi dans notre législation, existait déjà chez plusieurs nations de l'Europe, et a été adoptée depuis par un certain nombre, on peut même dire par la plupart d'entre elles. Un simple coup d'œil jeté sur ces législations va nous en convaincre.

En Angleterre, elle existait depuis longtemps sous forme de mort-gage. Maclachlan (éd. de 76, p. 48) nous dit que le mort-gage diffère de l'hypothèque parce qu'il transfère la propriété. Cela fut vrai à l'origine. Mais le *Merchant-Shipping act* de 1854 (art. 70) décide que le créancier ne devient propriétaire et le donneur de mort-gage ne cesse de l'être qu'autant que cela est nécessaire pour la sécurité de la dette. Même après l'expiration du terme, le débiteur ou ses héritiers peuvent libérer la chose par le paiement du capital et des intérêts, quand il est évident que les parties ont eu en vue seulement un mort-gage et non un transfert de propriété. Le mort-gage, qui ne peut exister que sur un navire déjà enregistré, ne peut être opposé aux tiers de bonne foi que lorsqu'il a été transcrit par l'enregistreur de la marine du port d'attache. Chaque copropriétaire peut, d'ailleurs, constituer un mort-gage sur sa part de propriété.

Aux États-Unis, le mort-gage est également en usage; il est réglé par la loi du Congrès fédéral du 29 juillet 1850. Les hypothèques doivent être inscrites au bureau du receveur des douanes du port d'attache, pour pouvoir être opposées aux tiers de bonne foi.

La législation hollandaise reconnaît l'hypothèque maritime qu'elle soumet aux mêmes conditions de publicité que les transmissions de propriété.

La loi belge du 21 août 1879 consacre l'hypothèque qui est rendue publique par l'inscription sur un registre spécial tenu par le Conservateur des hypothèques à Anvers; mais elle ne peut pas porter sur un navire en construction.

La loi du 24 juin 1861 avait reconnu et organisé en Prusse le gage des navires. La mise en gage est inscrite sur le registre des navires, tenu par le tribunal de commerce. Il n'y a pas de loi générale pour l'Allemagne; la réglementation de ce gage est abandonnée à la législation particulière de chaque État. Toutefois la loi du 27 janvier 1879 l'a étendu au Hanovre.

Le Code italien de 1882 consacre l'hypothèque maritime sous le nom de *gage, pegno*. Le contrat de gage est rédigé par écrit; il doit être transcrit sur les registres du bureau maritime du port d'attache et peut s'appliquer au navire en construction.

Enfin, en Grèce, la loi du 13 novembre 1851, relative au prêt à la grosse, a implicitement reconnu l'hypothèque maritime. (Grenoble, 11 mai 1881. *Rec. de Marseille*, 82, 2, 19.)

Revenons à la loi de 1874. Cette loi ne donna pas tous les résultats qu'en attendait la Commission. Ells suscita tout à la fois chez les auteurs et chez les praticiens, principalement chez les assureurs, les plus vives critiques. Ces critiques ont été publiées, notamment par M. Billette, dans une étude sur la loi de 1874 : *L'Hypothèque maritime et ses conséquences*, où il concluait en disant que, selon lui, s'il était aujourd'hui le premier à en demander l'abrogation il ne serait pas longtemps le seul. M. Lyon-Caen (*Gaz.*

des Trib., 1 et 2 avril 1875), appréciant le travail de M. Billette, reconnaît l'exactitude de quelques-unes de ces critiques, mais croit facile de modifier les dispositions critiquées. Un coup d'œil rapide jeté sur cette discussion, nous permettra d'apprécier plus exactement les innovations introduites par la loi du 10 juillet 1885.

Les critiques formulées par M. Billette concernaient d'abord les prêteurs. L'hypothèque maritime, disait-il, n'est pas une garantie sérieuse, car le droit de suite du créancier hypothécaire sera inutile quand le navire hypothéqué sera acheté par des étrangers et par suite défrancisé. Les hypothèques pourraient alors être considérées comme éteintes sans que les formalités de la purge aient été accomplies, car la loi française ne peut pas obliger un tiers à l'accomplissement de ces formalités pour un bien devenu étranger. M. Lyon-Caen répond à cela en disant que le cas de défrancisation est tout à fait exceptionnel et que, comme nous l'avons déjà vu plus haut, c'est par la nature même des choses que l'hypothèque sur un meuble ne peut donner la même sécurité que sur un immeuble.

M. Billette disait encore : Les hypothèques maritimes se transportent du navire sur l'indemnité d'assurances ; mais cela n'est vrai que dans le cas de perte ou d'innavigabilité et non dans le cas d'action en avaries. Par suite, quand les navires seront hypothéqués, les armateurs qui peuvent opter (art. 409 com.) régleront en avaries pour toucher l'indemnité, et les droits des créanciers hypothécaires s'évanouiront. Mais le créancier, le prêteur, avait un moyen de parer au danger de l'option en exigeant la cession formelle de l'indemnité.

Enfin l'inscription doit être renouvelée tous les trois ans à la fois sur le registre tenu en douane et sur l'acte de francisation au moment du retour du navire. Il est trop

rigoureux, disait M. Billette, de faire perdre au créancier son rang par défaut d'inscription sur l'acte de francisation, car cet acte est entre les mains du capitaine et il sera souvent difficile de remplir la formalité prescrite par la loi. Nous verrons que la loi de 1885 a fait disparaître le motif de cette critique en supprimant la mention de l'inscription sur l'acte de francisation.

On reprochait non moins vivement à la loi de 1874 de léser les droits des assureurs qui pouvaient se trouver exposés à payer deux fois. M. Billette partait de là pour affirmer que les Compagnies françaises refuseraient à l'avenir toute police sur corps ne contenant pas la clause suivante : « La condition de la validité de la présente police est que le navire ne soit grevé d'aucune hypothèque maritime actuelle ni éventuelle. Il est interdit à peine de nullité de la police pour les risques restant à courir de faire, pendant la durée des risques, aucun emprunt hypothécaire sans le consentement des assureurs ». Notons, en passant, que les Compagnies d'assurances suivirent docilement les indications de M. Billette et que la clause ci-dessus ne tarda pas effectivement à devenir de style dans toutes les polices sur corps. M. Lyon-Caen trouve les craintes des assureurs exagérées. Les Compagnies d'assurances, dit-il, craignent d'être obligées de payer deux fois ; or, ceci ne pourrait avoir lieu que dans l'hypothèse suivante : un navire a péri ; l'assureur, avant de payer, a obtenu du receveur des douanes un certificat attestant que le navire n'était pas hypothéqué. Dans l'intervalle entre la délivrance du certificat et le paiement fait par l'assureur à l'armateur, un créancier hypothécaire dont l'inscription était périmée la renouvelle, puis il réclame à la Compagnie ce qui lui est dû. Or cette hypothèse même est chimérique, ajoute le savant auteur, parce que le receveur des douanes ne

consentira pas à renouveler l'inscription après la perte du navire. La seule hypothèse où le danger de payer deux fois serait réellement à craindre, est celle où l'hypothèque périmée au jour de la délivrance du certificat négatif, ne l'aurait pas encore été le jour du sinistre. En pareil cas, le créancier hypothécaire venant réclamer le montant de l'assurance auquel on objecterait le défaut de renouvellement de son inscription, opposerait la perte du navire qui rendait ce renouvellement sans objet. La question ici serait délicate ; mais, en admettant même qu'elle pût se résoudre contre les assureurs, elle exigerait des conditions particulières qui lui donneraient un caractère tout à fait exceptionnel dans la pratique. Tout ce qu'on peut dire, c'est que les assureurs étaient gênés par les formalités à remplir.

Enfin, à la dernière critique présentée par M. Billette qui soutenait que la loi de 1874 imposait aux armateurs des formalités incompatibles avec la célérité nécessaire aux opérations commerciales, M. Lyon-Caen répondait qu'il y avait là une exagération évidente et que ce ne serait pas une grande gène pour les armateurs de justifier, par des certificats négatifs, que les navires ne sont pas hypothéqués.

M. Lyon-Caen arrivait à cette conclusion : « En résumé la loi de 1874 est une loi qui ne protège pas suffisamment les droits du prêteur. Sur ce point nous adhérons avec une entière conviction aux excellentes critiques de M. Billette. Nous ne croyons pas, au contraire avec lui, qu'elle ait des inconvénients pour les armateurs et les assureurs..... — Des corrections apportées à plusieurs dispositions de cette loi seraient indispensables pour que l'institution de l'hypothèque maritime pût être sérieusement expérimentée en France, comme elle l'est dans tous les grands pays maritimes..... — Aussi notre conclusion est-elle qu'il est

indispensable de procéder à une révision de la loi sur l'hypothèque maritime ».

Ces critiques, émanant de voix autorisées, furent bientôt portées devant les représentants de la nation. Le 16 juin 1876, M. Le Cesne, député, déposait une proposition de loi sur l'hypothèque en disant, dans son exposé des motifs : « L'hypothèque maritime aura bientôt vécu deux ans et les fruits qu'elle a produits se comptent par le chiffre dérisoire de six contrats, atteignant ensemble un total de 104,600 fr. » Une autre proposition fut présentée le 4 décembre 1880, par MM. Bouquet, Desseaux, Durand, Gaudin, Jametel, Laisant, Papon et Roudier. Autre proposition, le 21 janvier 1881, de MM. Godin et Peulevey. Le 7 avril 1881, la Commission chargée de procéder à l'examen des différents projets de loi déposait son rapport. Dans ce rapport, elle reconnaissait que la loi de 1874 n'avait pas produit les résultats qu'on devait en attendre et que, sauf le port de Nantes qui en avait profité, et encore dans des proportions infimes, elle était restée à peu près à l'état de lettre morte.

A la suite de ce rapport, un premier projet de loi fut voté par la Chambre des députés le 7 juin 1881, et transmis au Sénat; mais, avant que la Commission sénatoriale eût terminé son travail, les élections générales étant survenues le 21 août 1881, la proposition devint caduque. Un second projet fut déposé par M. Durand et par plusieurs autres députés, la plupart auteurs du premier. Ce projet, après déclaration d'urgence, fut voté le 7 février 1882 et transmis au Sénat qui l'adoptait, après quelques remaniements, le 8 mai 1883. Il revint à la Chambre des députés qui le votait sans discussion le 20 juin 1885.

Nous allons maintenant aborder l'étude de la loi du 10 juillet 1885; au cours de cette étude, nous aurons à

signaler les points sur lesquels elle a modifié la loi de 1874 et à apprécier le mérite des innovations qu'elle a introduites. Cependant, avant d'entrer dans le détail de la matière et pour permettre de posséder une vue d'ensemble sur ces innovations, nous rappellerons ici que, d'après l'exposé des motifs, le projet présenté par la Commission modifiait la loi de 1874 sur sept points principaux relatifs : 1° au droit d'enregistrement à percevoir sur les actes de prêts, avec constitution d'hypothèque sur les navires; 2° aux conséquences de l'indivision dans la copropriété des navires, par rapport au droit hypothécaire; 3° aux formalités de l'inscription et de son renouvellement; 4° aux effets de l'hypothèque sur les sommes assurées en cas de perte ou d'avaries; 5° aux hypothèques et aux ventes de navires consenties à l'étranger; 6° à la procédure à suivre en cas de vente sur saisie ou de surenchère après vente volontaire; 7° enfin, au taux de l'intérêt des sommes prêtées. Nous devons ajouter que, malgré les remaniements subis par le projet, ces divers points sont encore ceux sur lesquels la loi de 1874 a été modifiée.

CHAPITRE PREMIER

Constitution de l'hypothèque maritime.

SECTION I

Quelle est la source de l'hypothèque maritime?

L'art. 1 de la loi de 1885, reproduisant identiquement l'art. 1 de la loi de 1874, répond à cette question en disant : « Les navires sont susceptibles d'hypothèque ; ils ne peuvent être hypothéqués que par la convention des parties ».

Le principe général qui régit toute la matière des hypothèques dans le droit civil, est renfermé dans l'art. 2116 du Code civil aux termes duquel l'hypothèque peut provenir de trois sources différentes : la loi, les jugements ou la convention des parties. Les deux premières sources sont écartées en ce qui concerne l'hypothèque maritime par l'art. 1 de la loi de 1885. Quels sont les motifs de cette exclusion? Ces motifs ont été très nettement exposés dans le rapport de M. Grivart. On sait que les deux bases fondamentales sur lesquelles repose notre système hypothécaire tout entier, les éléments essentiels qui ont pour but d'en assurer le bon fonctionnement en sauvegardant les droits de tous, sont, d'une part, la spécialité, et, d'autre part, la publicité; or, ces deux principes se trouvent atteints dans une mesure différente, il est vrai, par l'hypothèque légale et l'hypothèque judiciaire.

L'hypothèque légale, et nous n'entendons parler par cette expression que de l'hypothèque conférée par l'art. 2121 du Code civil aux femmes mariées, aux mineurs et aux interdits, fait échec tout à la fois à l'un et à l'autre ; car d'abord, elle porte sur tous les immeubles du débiteur sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les immeubles à venir et les immeubles présents ; et, en second lieu, la loi l'accorde indépendamment de toute inscription. Ce caractère particulier de l'hypothèque légale a pour résultat nécessaire de porter une atteinte regrettable au crédit public et au crédit privé. On comprend sans peine en effet que les prêteurs ne soient pas facilement disposés à traiter lorsque, malgré la position apparente de leur débiteur, ils ont à craindre à chaque instant qu'une hypothèque dont il n'était pas question au moment du contrat, ne vienne leur enlever la chance d'être remboursés.

Aussi l'hypothèque légale a-t-elle été souvent critiquée. Sans doute on en comprend l'existence lorsqu'il s'agit de sauvegarder certains intérêts particulièrement dignes de toute la sollicitude du législateur, mais c'est sa nécessité seule qui la justifie et on n'aurait pas compris qu'on l'étendît à une matière où le but poursuivi était tout différent. En effet, la loi que nous étudions n'avait point à pourvoir aux intérêts des femmes mariées, des mineurs ou des interdits; elle devait laisser ce soin à la loi civile dans les attributions de laquelle ce rôle rentrait tout naturellement et qui leur a assuré une protection suffisante. Le but unique qui avait fait introduire les lois de 1874 et 1885 dans notre législation était d'accroître le crédit des armateurs et de contribuer ainsi au relèvement de notre marine marchande. Or, non seulement ce but n'aurait pas été atteint, mais c'est même un résultat tout opposé qui se serait produit, si les prêteurs sur navire qui voient déjà

passer avant leur hypothèque tous les privilèges de l'art. 191 du Code de commerce, s'étaient vus encore exposés à perdre entièrement le bénéfice de leur créance, par suite d'une hypothèque générale et dispensée d'inscription. Comme le dit M. Bédarride (*De l'hyp. mar.*, p. 90), de telles hypothèques en notre matière, « loin d'accroître le crédit des armateurs, ne pouvaient que leur faire perdre le peu qu'ils conservaient encore ».

Signalons à cet égard la disposition contenue dans le règlement de procédure des consuls de Valence de 1343 que nous avons cité dans notre introduction. Il y est dit dans le chapitre XXXV que, dans le cas où la femme a obtenu condamnation pour sa dot contre son mari, elle aura le droit d'exercer son hypothèque sur le navire de celui-ci, et cela, de préférence aux créauciers du mari euxmêmes, tout au moins dans le cas où la date de son contrat de mariage établirait son antériorité; mais cette faculté est restreinte pour la femme au cas où le mari n'aurait pas d'autres biens. Par conséquent, même à cette époque où le crédit était bien peu important, l'exercice de l'hypothèque de la femme sur le navire de son mari, était soumis à des précautions qui lui donnaient le caractère d'un *ultimum subsidium*.

Donc, dans notre droit actuel, les navires ne sont pas assujettis aux hypothèques de l'art. 2121. Nous déciderons, également en vertu toujours des termes de l'art. 1 de notre loi, qu'il faut également soustraire les navires à l'application des art. 1017 et 2113 du Code civil, et 490 du Code de commerce; car les hypothèques résultant de ces articles présentent ce caractère commun qu'elles tirent directement leur origine de la loi, bien qu'elles ne soient d'ailleurs ni générales, ni occultes. En outre, l'art 2113 particulièrement ne s'applique qu'aux privilèges pour la conservation

desquels la formalité de l'inscription est exigée par la loi, condition qui fait absolument défaut quand il s'agit de privilèges maritimes. Quant aux hypothèques accordées aux légataires et à la masse des créanciers du failli, nous pouvons reproduire en ce qui les concerne ce que nous avons dit plus haut à l'égard de l'hypothèque des femmes mariées, des mineurs et des interdits, c'est qu'elles sont complètement en dehors des intérêts que notre loi a eus en vue.

Passons à l'hypothèque judiciaire. A la différence de l'hypothèque légale, elle ne porte pas atteinte au principe de la publicité, mais elle est disposée de spécialité, et, par suite, le patrimoine entier du débiteur se trouve grevé pour la garantie de la même dette. D'ailleurs, l'hypothèque judiciaire, d'une façon générale, a été souvent attaquée; aussi, en 1849, lorsqu'il a été question de la réforme de notre régime hypothécaire, la commission qui avait été chargée d'élaborer un projet de loi à cet égard, avait-elle conclu, d'une façon unanime, à la suppression de l'hypothèque judiciaire. Il était donc inadmissible que le législateur accrût encore son domaine en l'étendant aux navires. D'autant mieux que, dans notre hypothèse spéciale, pas plus que l'hypothèque légale, elle n'eût contribué à atteindre le but que l'on se proposait. Le législateur voulait augmenter le crédit des armateurs, et l'hypothèque judiciaire n'est jamais un moyen de crédit; car, ainsi que le disait le rapporteur de la loi de 1874, on ne peut pas supposer que le prêteur prenne en considération l'hypothèque qui pourra résulter pour lui, dans l'avenir, d'un jugement de condamnation, puisqu'il ignore si, à ce moment-là, il y aura dans le patrimoine du débiteur une chose susceptible d'être hypothéquée. Il faut même aller plus loin et dire que l'hypothèque judiciaire aurait eu pour résultat de ruiner absolument le crédit du propriétaire du navire, et cela

pour deux raisons : d'une part, parce que le jour où un créancier poursuivrait le débiteur pour obtenir une hypothèque générale, tous les autres créanciers voudraient avoir les mêmes garanties, et que, par suite, son crédit se trouverait annihilé au moment où il en aurait le plus besoin ; d'autre part, parce que l'armateur étant un commerçant, ses créanciers pourraient toujours faire annuler l'hypothèque judiciaire obtenue en faisant remonter la cessation des paiements révélée par le jugement à une date antérieure à celui-ci, ou bien tout au moins, si la date de la cessation des paiements ne pouvait être établie antérieurement au jugement, l'hypothèque judiciaire conservant ses effets, il y aurait là pour les créanciers vigilants, un moyen de se faire préférer aux autres, contrairement au principe d'égalité qui domine toute la matière de la faillite.

L'hypothèque maritime ne peut donc résulter que de la convention. Il en est de même en Angleterre, dans les Pays-Bas et en Uruguay.

L'Allemagne, au contraire, suit une règle opposée. Les navires, en effet, y sont soumis en matière hypothécaire à toutes les règles établies par le droit civil et, par suite, aux hypothèques judiciaires et légales *(Bulletin de la Société de législ. comp.*, t. III, p. 102). Remarquons toutefois que le nouveau Code de commerce allemand est venu supprimer les hypothèques occultes en exigeant l'inscription au livre foncier. D'autre part, cette inscription ne se borne pas à rendre l'hypothèque opposable aux tiers, comme en droit français ; elle sert à établir l'hypothèque elle-même. Enfin, les articles 30 et suivants de la loi prussienne du 5 mai 1872 sur les livres fonciers, disent que : « Sauf les cas déterminés par la loi, il n'est procédé aux inscriptions que sur la demande des parties. » Par suite, l'hypothèque est

le plus souvent la conséquence d'une convention des parties.

SECTION II

Sur quels objets porte la constitution d'hypothèque?

La loi déclare susceptibles d'hypothèque, dans son art. 1, les navires. Le sens de ce mot est déterminé par l'ensemble des dispositions de la loi, par le nom d'*hypothèque maritime* lui-même et par les discussions qui ont précédé le vote de la loi de 1874, où l'on voit que l'on a pris souvent le mot *bâtiment de mer* comme synonyme du mot *navire*. En effet, l'ancienne loi exigeait une mention sur l'acte de francisation pour la constitution, la conservation et la radiation de l'hypothèque, et les bâtiments de mer ont seuls un acte de francisation. On peut se demander si le législateur n'a pas eu tort d'exclure du bénéfice de l'hypothèque, les bâtiments de rivière présentant une certaine importance. C'est ce qu'ont pensé les auteurs d'une pétition présentée au Sénat le 20 juin 1881, pendant le cours de la discussion de la loi de 1885. Dans cette pétition, on se fondait sur le chiffre élevé représentant le mouvement de la batellerie fluviale, et sur l'importance toujours croissante des navires qui en faisaient le service, pour demander qu'il fût désormais permis d'hypothéquer les bateaux naviguant sur les rivières, les fleuves et les canaux. Le législateur ayant écarté cette pétition, son intention ne saurait être douteuse, et, aujourd'hui comme sous l'empire de la loi de 1874, les bâtiments de mer sont seuls susceptibles d'être hypothéqués. On peut regretter que le législateur n'ait pas tenu compte, dans une certaine mesure, des vœux qui lui étaient adressés, car, dans cette

pétition, l'on montrait des navires de cinq cents tonneaux naviguant sur la Seine et faisant un service courant entre le Havre et Paris; mais il est certain, d'autre part, que l'on ne peut asseoir un droit d'hypothèque que sur un droit de propriété garanti par un régime complet de publicité; or ce régime fait absolument défaut ici. Que l'on organise d'abord, comme on l'a proposé, pour les bateaux de la navigation fluviale présentant une certaine importance, la publicité des mutations, et alors, il deviendra possible de les faire participer aux bénéfices de l'hypothèque.

Voici donc une première restriction apportée à la constitution de l'hypothèque. Une seconde résulte de l'art. 36 de la loi de 1885, reproduisant textuellement l'art. 29 de la loi de 1874, qui établit une ligne de démarcation entre les bâtiments de mer; il ne permet d'hypothéquer que ceux de vingt tonneaux et au-dessus. Quel est le motif de cette disposition? Ce motif, fort rationnel d'ailleurs, est exposé clairement dans le rapport de M. Grivart et peut être ainsi résumé en deux mots : Il faut d'abord qu'un navire soit assez important, présente une valeur assez grande pour pouvoir être accepté comme une garantie hypothécaire; et, à un autre point de vue, l'appel au crédit que l'hypothèque a pour but de faciliter, n'est réellement nécessaire que lorsqu'il s'agit de bâtiments un peu considérables; pour les navires qui ne sont guère que de simples barques, les frais d'armement ne montent pas à un chiffre assez élevé pour justifier cet appel au crédit. D'ailleurs, la constitution même de l'hypothèque entraîne des formalités et des frais qui devaient évidemment être en rapport avec l'objet sur lequel elle porte.

Quant au chiffre de vingt tonneaux pris pour limite, il provient d'une erreur du rapporteur que tous les auteurs ont signalée, et que la loi de 1885 est venue consacrer une

seconde fois. Si, en effet, on cherche les précédents, on trouve deux cas où l'importance des bâtiments a été prise en considération d'après un chiffre légal; l'un résulte du décret du 27 vendémiaire an II, qui, se plaçant au point de vue des rapports du navire avec la douane, décide que les bâtiments au-dessus de trente tonneaux doivent être munis d'un acte de francisation, tandis qu'un simple congé suffit pour les autres; le second cas est relatif aux formes de la saisie qui sont simplifiées toutes les fois qu'il s'agit de bâtiments de dix tonneaux et au-dessous, aux termes des dispositions du Code de procédure civile (art. 620) et du Code de commerce (art. 207). Notons toutefois que cette seconde hypothèse a disparu depuis la loi de 1885, qui abroge l'art. 207. Telles étaient donc les dispositions existant avant la loi de 1874; or, le rapporteur déclara qu'en fixant la limite du domaine de l'hypothèque aux navires de vingt tonneaux, on ne faisait que suivre les distinctions de la loi de vendémiaire an II, ce qui était, on le voit, une erreur. Quoi qu'il en soit, la règle fut consacrée en 1874 et l'a été de nouveau en 1885; elle est formelle; par conséquent, il faut décider que l'hypothèque ne pourra être constituée que sur des bâtiments de vingt tonneaux ou plus.

La législation hollandaise n'établit pas de limite pour les bâtiments de mer, qui sont tous susceptibles d'être hypothéqués, et nous trouvons les mêmes principes dans la législation belge. Mais, en outre, contrairement à la loi française, elle autorise l'hypothèque portant sur des bâtiments de rivière, dans deux cas : 1° quant il s'agit de navires destinés à la navigation fluviale, mais naviguant au delà des frontières du pays; 2° pour ceux destinés exclusivement à la navigation intérieure, mais dont le tonnage atteint vingt tonneaux ou plus. C'est, comme on

le voit, le chiffre même pris comme limite en France pour les bâtiments de mer.

Le code italien de 1882 n'impose aucune limite et ne tient aucun compte de l'importance des bâtiments.

La législation anglaise renferme, au contraire, des limitations. Le *Merchant shipping act* de 1854, en effet, n'organise que l'hypothèque des navires enregistrés, et l'art. 19 excepte de l'enregistrement les navires de 15 tonneaux au plus naviguant sur les rivières ou les côtes du Royaume-Uni ou d'une possession anglaise dont les propriétaires y ont leur résidence, et les navires de 30 tonneaux ou plus, non pontés, employés à la pêche ou au cabotage dans certaines régions déterminées.

Nous savons donc maintenant d'une façon générale quels sont les navires qui peuvent être hypothéqués. Entrant dans les détails, nous avons à déterminer d'une façon précise quelle est l'assiette de cette hypothèque. En d'autres termes, supposant un bâtiment de mer de 20 tonneaux ou plus, nous allons déterminer les objets sur lesquels portera l'hypothèque maritime, et cela, en examinant d'abord le cas d'un navire en construction, puis d'un navire achevé et francisé, et enfin d'un navire en cours de voyage.

§ I. — *Le navire est en construction.*

Aux termes de l'art. 5 § I de la loi de 1885 reproduisant à cet égard les dispositions de la loi de 1874, le navire en construction peut être hypothéqué. C'est là une des dispositions de nos lois qui ont suscité les plus vives critiques, et au moment où elle fut introduite, la plupart des auteurs s'empressèrent de proclamer qu'elle resterait toujours à l'état de lettre morte. Ces critiques n'étaient pas complé-

tement fondées et la meilleure preuve à en donner, c'est qu'il résulte du bulletin statistique publié en 1883 par la direction générale des douanes que, du 1er mai 1875 au 31 décembre 1882, 26 hypothèques avaient été prises par des particuliers sur des navires en construction, représentant ensemble une somme de 8,534,801 francs. Ces chiffres ne sont pas très élevés, il est vrai, mais ils suffisent à démontrer que l'hypothèque sur le navire en construction est déjà entrée dans les mœurs du commerce.

Ces critiques ont été émises avec tant d'insistance, et par des voix si autorisées qu'il nous paraît impossible de les passer entièrement sous silence. Pour les bien comprendre, rappelons d'un mot les motifs sur lesquels on basait l'hypothèque du navire en construction. Le rapporteur de la loi de 1874, insistant sur l'importance des capitaux exigés pour la construction des navires, disait que souvent les armateurs, après avoir dépensé des sommes considérables, se trouvaient arrêtés au cours des travaux par le manque d'argent qui ne permettait pas de les terminer. C'est pour faire disparaître ce danger ou tout au moins l'amoindrir qu'on permettait d'hypothéquer le navire en construction qui pouvait déjà représenter, d'ailleurs, une grande valeur. D'autant mieux que cette hypothèque ne pouvait nuire à personne, ni aux droits du constructeur ou des ouvriers, garantis par un privilège, ni à ceux des créanciers ordinaires auxquels elle permettra de continuer les opérations du débiteur, ou, en tout cas, de retrouver dans la vente du navire terminé, les capitaux déjà absorbés avant l'emprunt. Tels sont les motifs sur lesquels on s'est appuyé pour justifier l'introduction de l'hypothèque sur le navire en construction.

Voyons maintenant les critiques qui ont été faites. Elles ont été soulevées soit au point de vue théorique, soit au

point de vue pratique. Au point de vue théorique, on a dit que cette constitution hypothécaire était impossible car l'hypothèque doit avoir un objet pour être valable et si cette hypothèque porte sur un navire qui n'existe pas encore, elle est en réalité constituée sur le néant. Il est bien vrai que le rapporteur, allant au-devant de cette objection, a cru la faire tomber en niant qu'il fût contraire à la nature de l'hypothèque d'être constituée sur des choses futures et en citant comme exemple le cas de l'art. 2130 du Code civil et l'hypothèque judiciaire. Mais à cela on a répondu que l'exception faite par l'art. 2130 à la règle générale n'a lieu qu'à une condition, c'est que l'hypothèque, avant d'atteindre les biens futurs, ait déjà frappé les biens présents, et que si un débiteur, en l'absence de biens présents, constituait directement l'hypothèque sur des biens futurs, cette constitution serait radicalement nulle. Or, dit-on, tant que la construction n'est pas achevée, il n'y a que des matériaux, mais il n'y a pas un navire. On ne peut guère, d'autre part, soutenir que l'hypothèque établie sur la charpente s'étendra au navire en vertu du principe que l'hypothèque s'étend aux améliorations de la chose, car il y a une véritable transformation de la charpente à un navire en état de prendre la mer. D'ailleurs, il sera bien difficile de déterminer à quel moment précis de la construction l'hypothèque pourra être constituée, et la loi ne s'en explique pas.

Au point de vue pratique, on a prétendu que l'hypothèque sur le navire en construction présenterait trop de complications pour pouvoir jamais devenir d'un usage constant. Et, en ce sens, on argumente de la difficulté que l'on éprouve à déterminer quel est le véritable propriétaire pendant la construction. Cette question, en effet, est encore controversée de nos jours et présente un intérêt considé-

rable, surtout au cas où le constructeur qui a reçu des à-compte, vient à tomber en faillite avant d'avoir fait la livraison. Si, en effet, dans cette hypothèse, l'armateur est considéré comme propriétaire du navire, celui-ci lui sera attribué pour le couvrir des sommes qu'il a déboursées; si c'est au contraire le constructeur, le navire sera compris dans la masse, et le prix en sera distribué au marc le franc entre tous ses créanciers. Telle est la situation et l'on ajoute, dans cette opinion, que la jurisprudence est encore hésitante; or, pour qu'il y ait là véritablement un moyen de crédit, il faudrait une certitude absolue, car l'hypothèque ne peut être constituée que par le propriétaire. Donc, tant que la question n'aura pas été résolue législativement, le crédit ne pourra pas se contenter de la sûreté qui lui est offerte, car elle est insuffisante. (V. Morel. *De l'Hyp. Mar.*, p. 188 et suiv.). On va jusqu'à dire en ce sens que l'hypothèque sur le navire en construction n'aurait d'utilité réelle, que lorsque le constructeur opérerait pour son propre compte et serait le propriétaire du navire.

Telles sont les objections qui ont été présentées au moment où la loi de 1874 est entrée en exercice, et il ne faut pas se dissimuler qu'elles offrent un certain caractère de gravité. Nous croyons cependant que le législateur a eu raison de ne pas s'y arrêter. Voyons d'ailleurs si, en étudiant le fond des choses, ces critiques sont bien aussi sérieuses qu'elles le paraissent au premier abord. Et, en premier lieu, est-il exact de dire que l'hypothèque sur le navire en construction se trouve dépourvue d'objet? Sans doute nous conviendrons, nous aussi, que l'argument tiré par M. Grivart de l'art. 2130 et de l'hypothèque judiciaire, n'a pas une valeur absolument juridique, si l'on s'en tient aux termes dans lesquels il est exprimé. Il est certain, en effet, qu'en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire, on ne peut

guère en tirer un argument d'analogie dans une matière où elle est sévèrement prohibée. Si elle peut d'ailleurs grever les biens futurs, c'est parce qu'elle est générale, tandis que l'hypothèque maritime est essentiellement spéciale. Quant à l'argument tiré de l'art. 2130 il en est autrement, nous croyons que, dans notre matière, le législateur s'est borné à en faire application. Il est certain que l'hypothèque ne peut atteindre les biens futurs qu'après avoir déjà frappé les biens présents; et toute la discussion ici se réduit à déterminer s'il y a ou non des biens présents sur lesquels puisse porter l'hypothèque. Non, disent nos adversaires, il n'y a sur les chantiers que des pièces de bois, du fer, etc..., mais rien qui ressemble à l'instrument de navigation appelé *navire;* il n'y a donc pas de biens présents sur lesquels l'hypothèque soit susceptible d'être constituée. Ceci ne nous paraît pas exact et nous adopterons sur ce point le raisonnement fort ingénieux exposé par M. Mallet *(op. cit.*, p. 45), qui nous paraît justifier d'une façon suffisante la théorie que nous soutenons. Il y a, dit-il, lieu de distinguer au point de vue judiciaire le navire en construction et le navire achevé; ce sont là deux choses absolument distinctes et susceptibles l'une et l'autre de servir de base à une hypothèque. Or l'hypothèque que notre art. 5 autorise est précisément celle qui porte sur le navire en construction. Cette construction est donc le bien présent qui est nécessaire pour servir d'objet à l'hypothèque. Mais comme ce bien présent n'est pas suffisant, par interprétation de la volonté des parties, et par un motif d'utilité pratique, le législateur, faisant application de l'art. 2130, décide que cette hypothèque d'un bien présent s'étendra de plein droit sur le navire achevé qui est un bien à venir. Et le législateur était d'autant plus en droit d'agir ainsi qu'il y était autorisé par des précédents,

puisque l'art. 191 8° permettait déjà de grever de privilèges, et par conséquent d'un droit de suite, un navire en construction.

Cette explication nous paraît suffisante pour justifier au point de vue purement théorique l'hypothèque du navire en construction, sans qu'il soit nécessaire de tirer un argument d'analogie de l'art. 2135 du Code civil. Pour nous aussi, et nous croyons inutile d'insister là-dessus, on ne pourrait, sans forcer absolument le sens des mots, voir dans le navire achevé une amélioration du navire en construction.

Passons maintenant aux critiques adressées au point de vue pratique. Ici encore, elles nous paraissent perdre une partie de leur gravité devant un examen consciencieux et impartial. Sans doute, il sera souvent difficile de déterminer le véritable propriétaire du navire en construction ; mais il est impossible de ne pas reconnaître que la jurisprudence tend de plus en plus à se fixer dans le sens de la propriété accordée au constructeur, et d'ailleurs le bailleur de fonds pourra toujours se mettre à couvert en faisant intervenir tout à la fois l'armateur et le constructeur. Mais, en tout cas, il est des hypothèses où la propriété du navire en construction ne saurait faire doute et où, par suite, il devient impossible d'arguer de la difficulté de cette détermination pour considérer comme sans utilité la constitution de l'hypothèque sur le navire en construction. On sait en effet que les modes de construction peuvent être divisés en deux grandes catégories : la construction par économie et la construction à forfait. Dans la construction par économie, c'est l'armateur lui-même qui dirige les travaux et qui traite directement avec les fournisseurs et les ouvriers. En pareil cas, il ne saurait y avoir la moindre difficulté, lui seul est propriétaire, et peut par suite hypothéquer. Dans cette hypothèse, nos adversaires eux-mêmes recon-

naissent l'utilité de l'hypothèque. L'armateur qui a engagé des capitaux importants dans la construction du navire, et qui se trouve gêné à un moment donné peut, en effet, en consentant une hypothèque sur le navire en chantier, se procurer les ressources nécessaires pour terminer la construction commencée. Mais si l'hypothèque du navire en construction ne comportait que cette application, son domaine serait bien restreint car le mode par économie n'est guère usité de nos jours. Passons à la construction à forfait. Ce qui la caractérise, c'est que l'armateur s'adresse à un constructeur qui promet de lui livrer le navire moyennant un prix fixé d'avance. Mais ici deux hypothèses peuvent se présenter : la première est celle où les matériaux sont fournis par l'armateur ; en pareil cas, le constructeur ne fournit que son industrie ; il y a là un louage d'industrie et l'armateur seul a la propriété du navire et le droit de l'hypothéquer. La seconde hypothèse, plus complexe, est celle où le constructeur fournit tout à la fois les matériaux et son industrie. On peut se demander alors quelle est la nature du contrat intervenu entre les parties, et si la nature de ce contrat n'est pas modifiée par ce fait conforme aux habitudes du commerce, que le constructeur ayant souvent besoin d'argent pour terminer le navire, on convient généralement en pratique que l'armateur paiera des à-compte au fur et à mesure de l'achèvement des travaux. La majorité des auteurs décident avec raison, à notre avis, que l'opération ainsi intervenue constitue non pas un louage d'industrie, mais une vente à livrer conditionnelle et la jurisprudence, après plusieurs hésitations, semble incliner définitivement vers cette solution. Il résulte en effet d'un arrêt de la Cour de Cassation du 20 mars 1872 (D., 72, 1, 140) que le constructeur est propriétaire du navire jusqu'au moment de la livraison, et que le paiement

d'à-compte par l'armateur ne lui fait pas acquérir une part proportionnelle de la propriété du navire. Le constructeur étant propriétaire, s'il tombe en faillite, le navire est mis dans sa masse et il est juste que l'armateur qui a fait des avances, ait le secours de l'hypothèque pour les recouvrer. Donc, en l'absence de stipulation formelle, le constructeur devra toujours, dans notre hypothèse, être considéré comme propriétaire du navire pendant la construction, et c'est lui qui pourra l'hypothéquer. Mais bien évidemment les parties pourraient convenir qu'il en serait autrement, et notamment que l'armateur, en échange d'à-compte représentant une certaine quote-part du prix fixé, deviendrait propriétaire d'une quote-part proportionnelle du navire. La conclusion à tirer de là, c'est que le bailleur de fonds fera simplement acte de prudence en se faisant représenter le contrat avant de livrer son argent, pour s'assurer des clauses qu'il peut renfermer.

On voit donc en somme que, bien que certaines difficultés soient susceptibles de se présenter, elles ne sont point suffisantes pour faire rejeter un moyen de crédit qui peut, dans plusieurs hypothèses, présenter un intérêt réel.

Quant à la détermination du moment de la construction où l'hypothèque pourra être constituée, la loi ne l'ayant pas fixé, il est impossible de poser une règle générale à ce sujet. C'est là une simple question de fait; il faut et il suffit qu'il y ait un commencement de navire, que, comme le dit un auteur (De Valroger, *Revue prat.*, janv.-fév. 1875), la quille au moins soit placée sur le chantier.

Voyons maintenant les dispositions des lois étrangères sur le navire en construction.

En ce qui concerne la loi anglaise, les renseignements fournis à M. Millet en 1874 (*Bulletin de la Société de lég. comp.*, 1874), sont assez contradictoires. D'une part, il

résulte d'une note de l'Agence des Messageries maritimes que le navire ne peut être soumis à l'hypothèque qu'après avoir été enregistré; avant cet enregistrement, le constructeur, s'il a construit le navire d'avance pour son compte, étant seul propriétaire, peut conférer un droit de préférence à un de ses créanciers par voie de mort-gage ou autrement. S'il construit pour le compte d'un armateur, on convient ordinairement que le navire sera payé en trois ou quatre à-compte, et que l'armateur deviendra propriétaire du navire jusqu'à concurrence des sommes versées. Pour toutes les sommes qui lui restent dues, le constructeur conserve son droit sur le navire; et comme celui-ci ne peut être enregistré sans un certificat émanant de lui, il ne le délivre pas tant qu'il n'est pas intégralement payé. D'autre part, M. Millet nous dit que, de renseignements puisés à une autre source, il résulte qu'un navire en construction peut être hypothéqué, bien qu'en règle générale on ne le fasse pas. En effet, la garantie n'est pas considérée comme bonne, puisqu'avant la mise à l'eau tout transfert légal est impossible. Quoi qu'il en soit, ce qui précède est tiré uniquement des usages commerciaux; et le *Merchant-Shipping act* ne renferme aucune disposition sur la situation légale du navire en construction.

Il en est autrement de la législation du Bas-Canada, pays où l'on sait qu'il existe d'immenses ateliers de construction. Le Code de 1866 déclare que l'hypothèque d'un bâtiment devient possible dès que la quille a été posée sur le chantier, et l'hypothèque et le privilège consentis par le propriétaire, pendant la construction, restent attachés au navire après achèvement, jusqu'au paiement de la dette ou tout autre mode d'extinction; et une disposition particulière permet aux parties d'attribuer la propriété à celui qui a fait des avances pour terminer la construction. Cette

convention transfère de plein droit la propriété du navire entier au bailleur de fonds qui peut le faire enregistrer et le vendre, sauf le recours accordé au propriétaire qui a toujours une action en reddition de compte (art. 2376-2378).

Les statuts des différents Etats de l'Allemagne sont muets sur le navire en construction.

Une loi danoise de 1753 organise, sous le nom de *Bülbreve*, un gage d'une nature particulière, qui ne peut être consenti au profit du créancier que pendant la construction, et le navire doit être libéré avant d'entreprendre aucun voyage; mais le créancier investi de ce droit est préféré à tous les autres.

L'art. 138 de la loi belge, du 21 août 1879, déclare que l'hypothèque maritime peut être constituée sur le navire en construction.

Le Code italien de 1882 admet, pour les navires en construction, un droit de gage qui ne diffère guère d'une véritable hypothèque.

§ II. — *Le navire est achevé et francisé.*

Nous arrivons maintenant à notre seconde hypothèse, et nous avons à nous demander, en supposant la construction du navire terminée, sur quoi va porter l'hypothèque qui sera consentie sur ce navire?

Cette question est résolue par l'art 4 de la loi de 1885, aux termes duquel : « L'hypothèque consentie sur le navire ou sur portion du navire s'étend, à moins de conventions contraires, au corps du navire, aux agrès, apparaux, machines et autres accessoires. » La loi de 1874 contenait une disposition identique.

Remarquons tout d'abord, à la lecture de cet article,

que l'hypothèque ne doit pas nécessairement être établie sur le navire entier; elle peut encore être constituée sur portion du navire. Et le sens de ces derniers mots avait été nettement déterminé par la jurisprudence avant la loi de 1885. Il résulte en effet d'un arrêt de la Cour de Rennes, du 25 mars 1879 (D., 1881, 1, 10), que l'expression générale de portion ne comporte aucune distinction, et qu'elle s'entend aussi bien d'une fraction de l'intérêt que le quirataire peut avoir dans le navire que de cet intérêt tout entier. Le même sens doit être reconnu au mot *portion* sous l'empire de la loi de 1885, en tenant compte toutefois de la modification qu'elle a apportée en notre matière. Nous verrons en effet que, tandis que la loi de 1874 permettait au copropriétaire d'hypothéquer librement sa part de propriété, la loi nouvelle ne le lui permet qu'après avoir obtenu, au préalable, l'autorisation de la majorité, conformément à l'art. 220 du Code de commerce. Mais, en tenant compte de cette exigence de notre loi, le propriétaire a encore aujourd'hui le droit d'hypothéquer, soit la totalité de sa part dans le navire, soit une fraction quelconque d'intérêt dans cette part. Les motifs sont les mêmes en effet; on ne comprendrait pas encore, comme le dit l'arrêt précité, qu'un quirataire soit obligé d'engager hypothécairement sa part au delà de ses besoins et des exigences de son créancier.

L'art. 2118 du Code civil nous dit que l'hypothèque portant sur un immeuble s'étend à ses accessoires mobiliers réputés immeubles par destination. La loi de 1885 plaçant les navires dans une situation analogue à celle des immeubles au point de vue de l'hypothèque, n'a donc fait que se conformer aux principes du droit commun en décidant que l'hypothèque consentie sur le corps du navire s'étendrait aux accessoires du navire.

En dehors même du principe que nous venons d'invoquer, on peut dire que l'extension de l'hypothèque aux agrès, apparaux, machines, etc., était commandée, en matière maritime, par la force même des choses. C'est qu'en effet, quand la loi emploie le mot *accessoires* pour les désigner, son expression n'est pas absolument exacte ; il y a ici plus que des accessoires : les agrès et apparaux forment une partie intégrante du navire lui-même. Cela est si vrai que, si on sépare du navire ces agrès et apparaux, il n'y a plus à proprement parler un navire, c'est-à-dire un bâtiment susceptible de naviguer. Voilà le véritable motif qui obligeait à étendre ainsi l'assiette de l'hypothèque, et cette théorie avait déjà été consacrée avant nos lois par le législateur du Code de commerce. En effet, l'art. 191 4° de ce Code donne un privilège sur le navire pour le loyer du magasin où sont déposés les agrès et apparaux, alors que le locateur avait uniquement pour gage ces agrès et apparaux et non le navire, et que c'est un principe de droit commun que le privilège du locateur est restreint à la chose soumise à son gage. Ajoutons encore que cette portée de l'hypothèque se justifie également au point de vue pratique, car sans cela, d'une part, au moment de la constitution de l'hypothèque, il aurait fallu déterminer dans l'acte même quelle est la valeur respective des deux éléments, ce qui aurait entraîné, le plus souvent, une véritable impossibilité, et, d'autre part, le jour où on aurait voulu réaliser le gage, si l'on faisait une vente séparée du corps du navire et des agrès et apparaux, cette opération, fort délicate en pratique, si on la conçoit comme possible au point de vue théorique, aurait pour résultat certain de conduire à une perte dans la réalisation du gage, la division diminuant la valeur respective de chaque partie.

Telle est donc la portée de l'hypothèque constituée sur

le navire achevé et francisé. Toutefois la loi, en déclarant que, dans cette hypothèse, l'hypothèque s'étendrait de plein droit aux accessoires du navire, n'a pas voulu restreindre la liberté des conventions des parties; elle leur a réservé expressément le droit de convenir que l'hypothèque serait limitée au corps du navire. Cette convention pouvait en effet être utile. En dehors même de cette considération que les agrès et apparaux nécessitent souvent des réparations pour la facilité desquelles il est bon que l'armateur puisse en disposer avec une entière liberté, il peut encore arriver qu'il soit avantageux d'établir une hypothèque sur un navire désarmé et rentré au port. Un cas qui se présente tout naturellement à l'esprit à cet égard, est celui où un armateur qui a plusieurs navires consent une hypothèque sur un navire désarmé, pour aider à l'armement d'un autre de ses navires sur le point de prendre la mer, et dont le départ pourrait être empêché ou tout au moins retardé pour une somme peut-être peu importante.

Toutefois il faut remarquer que, si la loi permet aux parties de limiter l'hypothèque au corps du navire, elles ne pourraient pas, à l'inverse, convenir qu'elle aurait exclusivement pour objet les agrès et apparaux sans porter sur le bâtiment lui-même. Dans l'intention du législateur, telle qu'elle ressort clairement des travaux préparatoires, les agrès et apparaux, séparés du navire, sont des meubles ordinaires qui ne sauraient jouir du bénéfice accordé à celui-ci. En dehors de l'argument d'analogie que l'on pourrait tirer de l'art. 2118, duquel il résulte que les accessoires mobiliers d'un immeuble ne peuvent être hypothéqués qu'autant que l'hypothèque porte tout à la fois sur eux et sur l'immeuble même, et parce qu'ils lui sont unis par un lien qui en fait des immeubles par destination, il y

avait un autre motif pour interdire l'hypothèque dans le cas dont nous nous occupons, motif exposé dans les termes suivants par M. Grivart dans son rapport : « On ne saurait appliquer l'hypothèque aux seuls accessoires parce que, lorsqu'ils cessent d'être considérés comme partie intégrante du navire, leur identité ne peut être légalement déterminée, et l'hypothèque dont ils seraient l'objet ne serait susceptible d'aucune publicité effective. »

Nous arrivons maintenant à l'examen d'une question importante dont l'étude soulève quelques difficultés. Le navire, entre les mains de l'armateur, est essentiellement un instrument d'acquisition, une source de profits divers, au nombre desquels le fret figure en première ligne. La question que l'on peut se poser ici est double : on peut se demander si, d'une part, l'hypothèque s'étend de plein droit, au fret et aux autres gains que l'on peut retirer du navire, et si, d'autre part, en répondant négativement sur ce premier point, la convention des parties, tout au moins, ne peut pas autoriser cette extension de l'hypothèque. Étudions séparément ces deux hypothèses et demandons-nous, tout d'abord, si le fret rentre dans la catégorie des objets sur lesquels l'hypothèque s'étend de plein droit.

A cette première question, tous les auteurs sont unanimes pour répondre par la négative : le principe de l'accessoire ne peut pas s'appliquer au fret, parce que le fret n'est pas un accessoire du navire. Il est bien vrai que, dans certaines hypothèses, la loi semble lui avoir reconnu ce caractère; dans l'art. 216, notamment, qui l'affecte à tous les créanciers du navire, 271 qui donne aux marins un privilège sur le navire et le fret, 280 qui affecte le navire et le fret à l'exécution de la charte-partie, 320 enfin, qui donne au prêteur à la grosse sur le navire un privilège sur le fret : mais, dans tous ces cas, si la loi a pris soin de s'ex-

pliquer formellement, c'est précisément parce qu'elle n'entend pas faire porter d'une façon générale sur le fret tous les privilèges grevant sur le navire. Et il est certain que la loi de 1885, en décidant que l'hypothèque s'étendrait de plein droit aux accessoires du navire, n'a entendu parler que d'accessoires de même nature que les agrès, apparaux, machines qu'elle cite comme exemples, c'est-à-dire de meubles corporels faisant partie de l'armement. Or, le fret n'a nullement le caractère que présentent ces accessoires; si on veut le caractériser, on peut dire de lui qu'il constitue le profit perçu à l'occasion du louage du navire: en d'autres termes, qu'il est analogue aux fruits civils, aux loyers d'une maison; or, ces derniers n'ont jamais été considérés comme les accessoires de l'immeuble. Donc l'hypothèque maritime ne peut pas porter de plein droit sur le fret.

Arrivons à notre seconde hypothèse, et voyons si le résultat que la loi refuse de consacrer par elle-même, ne peut pas du moins être atteint par la convention des parties. Ici, la question est plus délicate; il s'agit, en effet, de combiner entre eux deux principes également généraux et absolus, celui de la liberté des conventions, et celui de la conservation de la jouissance de la chose hypothéquée entre les mains du propriétaire. Un auteur (Bédarride, *op. cit.*, n° 92) admet que les parties pourraient affecter le fret hypothécairement, car l'emprunteur auquel appartient la jouissance du navire pourrait volontairement s'en dépouiller. Cette opinion est demeurée isolée et la grande majorité des auteurs considèrent comme illégale la convention par laquelle les parties conviendraient de faire porter l'hypothèque sur le fret. Ils invoquent en ce sens deux sortes d'arguments; les uns d'ordre purement juridique, les autres d'utilité pratique. Au point de vue juridique, tout d'abord, ils invoquent le principe de droit

commun, base fondamentale de l'hypothèque, d'après lequel l'hypothèque doit essentiellement respecter le droit de propriété et de jouissance du débiteur (Morel, *op. cit.*, p. 65 et suiv.). Toutes les fois que ce caractère essentiel disparaîtra, il n'y aura plus hypothèque, mais simple nantissement; or, le législateur, en établissant l'hypothèque maritime, a repoussé le gage précisément pour conserver à l'emprunteur la jouissance des divers profits dont le navire peut être la cause. Si l'armateur devait y renoncer, jamais il ne constituerait d'hypothèque. Au point de vue pratique également, on soutenait jusqu'à ces derniers temps qu'en admettant la légalité de l'hypothèque maritime sur le fret, elle serait inutile dans tous les cas trop fréquents où le navire ne reparaîtrait plus; car notre Code ne permettait pas l'assurance du fret et celle-ci ne se pratiquant que par des polices d'honneur, ne donnerait légalement aucun droit à l'indemnité d'assurance en cas de perte. Ce dernier argument est tombé depuis la loi du 12 août 1885 qui, en modifiant l'art. 334 du Code de commerce, a permis désormais à tout intéressé de faire assurer le fret; toutefois, le premier argument subsiste et il est impossible d'en méconnaître la force. Nous admettrons donc nous aussi que la convention des parties ne peut pas étendre l'hypothèque maritime au fret, mais nous justifierons d'une manière un peu différente notre opinion, par des motifs dont la simplicité rigoureuse nous paraît devoir écarter toute objection. Nous ferons donc le raisonnement suivant qui présente encore l'avantage de résumer d'un mot toute cette discussion : de deux choses l'une, ou bien l'on doit considérer le fret comme un accessoire du navire, et alors, non seulement les parties ont le droit de convenir qu'il pourra être affecté à l'hypothèque, mais bien plus, en vertu de notre art. 4, l'hypothèque devra s'étendre de

plein droit sur ce fret; or, c'est là une solution qui est unanimement repoussée. Admettra-t-on, au contraire, comme nous l'avons fait nous-même, que le fret ne saurait être considéré comme l'accessoire du navire aux termes de la loi de 1885; en pareil cas, la solution s'impose encore; la créance du fret devient dès lors un meuble ordinaire et rentre dans la règle générale à laquelle la loi de 1885 n'a dérogé qu'en ce qui concerne le navire et ses accessoires; en d'autres termes, elle ne saurait en aucun cas faire l'objet d'une hypothèque, en vertu de l'art. 2119 du Code civil qui nous dit que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Nous conclurons donc en disant que le fret ne peut jamais être affecté hypothécairement.

Il faut même aller plus loin et déclarer inapplicables, en notre matière, les art. 682 et 685 du Code de procédure civile. Aux termes de ces articles, lorsqu'un créancier hypothécaire a opéré une saisie sur l'immeuble qui lui est hypothéqué, et l'a fait transcrire, son droit se trouve par cela même transformé; il est désormais considéré comme étant en possession de l'immeuble et, à partir de la transcription de la saisie qui vient porter à la connaissance des tiers la dépossession du débiteur, ce créancier a droit aux fruits industriels ou civils de l'immeuble qui sont immobilisés à son profit. Or, en considérant le fret comme un fruit civil du navire, on pourrait être tenté d'appliquer par analogie les dispositions ci-dessus, et de décider qu'après la saisie, le fret se trouverait immobilisé, et serait soumis à l'affectation hypothécaire du créancier. On pourrait d'autant plus se laisser entraîner à faire cette assimilation aujourd'hui, qu'à la différence de la loi de 1874, nous verrons que l'art. 24 de la loi de 1885 impose formellement l'obligation de faire transcrire la saisie; il semble

donc qu'il y ait désormais un point de départ tout naturel pour cette immobilisation du fret. On pourrait ajouter encore, en ce sens, qu'en transférant au créancier saisissant tous les droits qui appartenaient au propriétaire, on atteint un résultat qui ne peut qu'être très favorable au développement de l'hypothèque maritime ; en effet, le droit désormais acquis par le créancier saisissant sur le fret ne lui appartiendrait pas exclusivement, il viendrait grossir la masse hypothécaire et serait distribué entre les créanciers suivant l'ordre de leurs inscriptions. Il y aurait donc là un véritable avantage accordé à la masse hypothécaire au détriment de la masse chirographaire ; ce serait une sûreté de plus qui viendrait consolider l'hypothèque maritime et qui ne pourrait que contribuer à pousser les capitaux vers la nouvelle forme de crédit maritime introduite dans nos lois.

Nous reconnaissons volontiers la part de vérité qui peut se trouver dans cette argumentation ; mais ainsi posée, la question nous paraît être plutôt une question de législation que de jurisprudence. Qu'il soit bon d'étendre à l'hypothèque maritime les dispositions des art. 682 et 685, soit ; nous pouvons l'admettre. Mais, ce n'est pas là ce dont il s'agit ; nous avons à nous demander uniquement ici, si dans l'état actuel de notre législation, cette extension est possible. Or, à cela, nous croyons impossible de répondre autrement que par la négative. Et, en effet, les art. 682 et 685, en permettant, dans un cas spécial l'immobilisation des meubles, dérogent par cela même au droit commun, et en vertu des règles générales de l'interprétation, nous ne voyons pas comment, en l'absence d'un texte formel, on pourrait les étendre au droit maritime. On peut même aller plus loin et dire que le législateur n'avait pas à s'expliquer à cet égard, et à étendre au fret, dans notre

hypothèse, les règles admises en matière immobilière parce qu'il n'y avait pas d'utilité pratique en jeu ; en effet, le navire, une fois saisi, est désormais condamné à l'immobilité, et l'on ne voit pas, par suite, quels profits pourront en être retirés. Nous repousserons donc, en notre matière, toute application, même par voie d'analogie des art. 682 et 685.

En Amérique, l'hypothèque peut porter sur tous frets, prix de passage, profits et sommes d'argent, bénéfices et avantages quelconques recueillis à l'occasion du navire.

En Angleterre, le fret est considéré comme l'accessoire du navire ; il peut donc être l'objet d'une hypothèque, mais les hommes d'affaires ne considèrent pas cette garantie comme bonne.

En Allemagne, l'art. 759 du Code de commerce accorde aux créanciers du navire, un droit sur le fret brut, tant qu'il est encore dû, ou se trouve entre les mains du capitaine.

La loi belge de 1879, et le Code italien de 1882, décident, comme notre loi, que l'hypothèque s'étend de plein droit aux accessoires du navire.

§ III. — *Le navire est en cours de voyage.*

L'art. 26 de la loi de 1874, pour permettre au propriétaire d'engager son navire en cours de voyage, avait imaginé une combinaison particulière, une forme spéciale de l'hypothèque maritime qui, dès son apparition, fut en butte aux critiques de la plupart des auteurs et des praticiens, critiques qui n'ont fait que s'accroître, jusqu'au jour où la loi de 1885 est venue opérer un remaniement complet de la matière ; nous avons nommé l'hypothèque éventuelle. L'art. 26 était ainsi conçu : « Le propriétaire qui veut

se réserver la faculté d'hypothéquer son navire en cours de voyage, est tenu de déclarer avant le départ du navire, au bureau du receveur des douanes du lieu où le navire est immatriculé, la somme pour laquelle il entend user de ce droit.— Cette déclaration est mentionnée sur le registre du receveur et sur l'acte de francisation, à la suite des hypothèques déjà existantes. Les hypothèques réalisées en cours de voyage, sont constatées sur l'acte de francisation : en France et dans les possessions françaises, par le receveur des douanes ; à l'étranger, par le consul de France, ou à défaut, par un officier public du lieu du contrat. Il en est fait mention par l'un et par l'autre, sur un registre spécial qui sera conservé pour y avoir recours, au cas de perte de l'acte de francisation par naufrage ou autrement, avant le retour du navire. Elles prennent rang du jour de leur inscription sur l'acte de francisation. — La mention faite en vertu du paragraphe 2 du présent article, ne pourra être supprimée qu'après le voyage accompli, et sur la présentation de l'acte de francisation. »

Quel était le motif qui avait fait introduire l'hypothèque éventuelle dans notre droit maritime? On a prétendu qu'il y aurait des cas où l'armateur aurait intérêt à offrir, par l'intermédiaire du capitaine ou de tout autre mandataire, son navire en garantie. Souvent, en effet, en cours de voyage, le capitaine a besoin d'argent, soit pour des achats de vivres, des réparations d'avaries, ou même pour conduire le navire à destination. Dans ces hypothèses, on a ordinairement recours à l'emprunt à la grosse, un des éléments les plus actifs des opérations maritimes, or, la tendance générale de la loi de 1874 était précisément de substituer en principe l'hypothèque maritime au prêt à la grosse, pour lequel le législateur manifestait une répulsion peut-être exagérée. C'est encore ici le but qu'on

espérait atteindre en permettant au capitaine d'emprunter à un taux moins élevé, d'autant mieux que la diminution du nombre des emprunts à la grosse ne pouvait que fortifier le crédit hypothécaire, au développement duquel devait nuire le privilège qui en résultait.

Ainsi que nous venons de le dire, de toutes les dispositions de la loi de 1874 il en est peu qui aient soulevé autant d'objections. Ce fut une des causes principales de la campagne entreprise par les assureurs contre l'hypothèque maritime. En effet l'art. 17 affectait l'indemnité d'assurance aux créanciers hypothécaires ; il fallait donc que les assureurs connussent exactement les créanciers hypothécaires avant de payer ; sans cela ils auraient été exposés à payer deux fois. En dehors de l'hypothèse que nous avons signalée avec M. Lyon-Caen dans notre introduction, ce danger pouvait encore se présenter, disait-on, dans le cas suivant. On sait que l'hypothèque éventuelle devait être mentionnée sur l'acte de francisation, et c'est du jour de cette inscription que l'hypothèque commençait à courir ; or, il pouvait arriver qu'après une déclaration faite par l'armateur au moment du départ du navire en vue d'hypothèques, ce navire se perdît sans nouvelles. En pareil cas, aux termes du dernier paragraphe de l'art. 26, le voyage n'ayant pas été accompli et la présentation de l'acte de francisation devenant impossible, la déclaration de l'armateur subsistait et produisait tous ses effets ; par suite, tant que le délai de la péremption ne s'était pas accompli, les assureurs exposés à voir un créancier réclamer ses droits sur le produit de l'assurance, en vertu d'un engagement contracté à l'étranger, devaient suspendre le règlement de l'indemnité d'assurance au préjudice de tous les intéressés. Nous avons déjà indiqué que la crainte de cette éventualité avait eu pour résultat de faire introduire dans toutes les polices

sur corps une clause prohibitive de l'hypothèque éventuelle, clause qui devint promptement de style.

En dehors de ces motifs particuliers aux assureurs, on faisait valoir d'autres considérations. On disait que l'hypothèque éventuelle était inutile, car le capitaine, pour se procurer les ressources nécessaires en cours de voyage, pourrait toujours recourir à l'emprunt à la grosse qui, s'il est inférieur à l'hypothèque maritime en ce sens que le profit maritime est généralement plus élevé que le taux de l'intérêt de l'emprunt hypothécaire, présente du moins sur elle cet avantage de n'obliger l'armateur que sur sa fortune de mer, et de lui permettre de se libérer par l'abandon du navire et du fret, conformément à l'art. 216 du Code de commerce. Mais il faut même aller plus loin et reconnaître que l'hypothèque éventuelle telle qu'elle était organisée par la loi de 1874, devenait dans certains cas impraticable. Nous avons vu en effet que les hypothèques consenties en cours de voyage devaient être mentionnées en pays étranger sur l'acte de francisation par le consul, ou à son défaut, par un officier public du lieu du contrat, et qu'ils devaient l'un et l'autre en faire également mention sur un registre spécial. Or, il est à peine besoin de le dire, le législateur français n'a nullement qualité pour imposer à un officier public étranger l'obligation de tenir un registre spécial, destiné à mentionner le prêt hypothécaire et à le conserver ; et cependant cette formalité offre la plus grande importance, puisque c'est la seule preuve que l'on puisse fournir de l'existence du prêt hypothécaire au cas où le navire ne reparaît pas à son port d'attache.

Ces difficultés rendaient donc une modification indispensable. Aussi, le jour où l'on proposa la révision de la loi de 1874, la disposition de l'art. 26 fut-elle l'objet d'une discussion particulière. Dans le projet de révision, la Commis-

sion proposa de supprimer cet article et de le remplacer par deux dispositions relatives l'une à la vente des navires en pays étranger, et l'autre à l'hypothèque constituée en pays étranger. La vente du navire hypothéqué en pays étranger était désormais prohibée ; on avait en effet souvent attaqué cette faculté qui aboutissait à faire disparaître la garantie du créancier hypothécaire le jour où le navire avait perdu sa nationalité. Quant à l'hypothèque en cours de voyage, elle était également supprimée, sauf dans les ports de France et d'Algérie. Voici d'ailleurs en quels termes était conçue la disposition que l'on proposait de substituer à l'art. 26 : « La vente volontaire d'un navire grevé d'hypothèques est interdite à l'étranger. Tout acte fait en fraude de cette disposition est nul, et rend le vendeur passible des peines portées par l'art. 408 du Code pénal. L'art. 463 du même Code pourra être appliqué. Est également interdit tout contrat hypothécaire en cours de voyage, les ports de France et d'Algérie restant exceptés. Sont néanmoins valables les hypothèques constituées sur le navire acheté à l'étranger avant son immatriculation en France, pouvu qu'elles soient régulièrement inscrites par le consul français sur l'acte provisoire de francisation, et reportées sur les registres du receveur des douanes du lieu où le navire sera immatriculé. Les dispositions du présent article seront mentionnées sur l'acte de francisation. »

Dans le cours de la discussion, l'on alla jusqu'à proposer à la Chambre de décréter la nullité de toute hypothèque maritime faite dans un autre bureau que celui d'immatricule. Un vote avait même eu lieu modifiant en ce sens l'art. 33 du projet, et le projet de loi avait été transmis au Sénat lorsque le 21 août 1881 arriva, entraînant des élections générales dont la conséquence immédiate fut de frapper de caducité la proposition. Dans le second projet

déposé par M. Durand au début de la nouvelle législature, on adopta sans discussion à la date du 7 février 1882 l'art. 33, tel qu'il avait été rédigé par la Commission, et dans les termes que nous avons indiqués plus haut. Puis le projet revint pour la seconde fois au Sénat. La Commission sénatoriale remania la disposition relative à la suppression de l'hypothèque en cours de voyage. Comme l'indique M. Barne dans son rapport, pour faire disparaître les inquiétudes causées par les dangers que présente l'hypothèque en cours de voyage, il n'était pas nécessaire de la supprimer radicalement. Peu importe en somme, le lieu où un prêt hypothécaire est contracté, que ce soit en France ou en pays étranger ; la seule chose indispensable pour sauvegarder les intérêts des tiers, c'est : « qu'une hypothèque ne puisse produire d'effet que par la publicité qui s'attache à son inscription régulière en France. » En conséquence, la Commission proposait de substituer à la disposition qui prohibait l'hypothèque en cours de voyage, une autre disposition conçue dans les termes suivants : « Les hypothèques consenties à l'étranger n'ont d'effet à l'égard des tiers, comme celles consenties en France, que le jour de leur inscription sur les registres de la recette principale des douanes du port d'immatricule des navires. »

Pendant la discussion au Sénat, une nouvelle modification fut apportée au texte de l'art. 33 sur un amendement de M. Brunet, relative non plus à l'hypothèque, mais à la vente d'un navire hypothéqué. L'honorable sénateur fit observer qu'en se bornant à prohiber la vente volontaire d'un navire grevé d'hypothèques à l'étranger, la loi présentait une double lacune. Il pouvait, en effet, fort bien arriver, tout d'abord, que le navire appartenant à un Français fût vendu dans un port étranger à un autre Français; en pareil cas, ce navire conservait sa nationalité

et, par suite, les charges hypothécaires qui pesaient sur lui subsistaient dans toute leur rigueur. Cette vente devait donc être parfaitement licite, et, en conséquence, M. Brunet demandait que la loi s'expliquât clairement et indiquât en termes formels que ce qu'elle prohibait, c'était la vente volontaire d'un navire français grevé d'hypothèques dans un port étranger à un étranger. D'autre part, il peut encore arriver qu'un Français vende en France son navire grevé d'hypothèques à un étranger, et si cet étranger acquiert ainsi plus de la moitié de la propriété du navire, aux termes de l'art. 11 de la loi du 9 juin 1845, le bâtiment perd la nationalité française pour prendre celle de cet étranger. Il résulte de là que les droits des créanciers français sont lésés, puisque les inscriptions hypothécaires prises par eux ne peuvent plus leur servir; cette vente à un étranger doit donc être prohibée en France aussi bien que dans un port d'un autre pays. Cet amendement fut adopté par le Sénat d'abord, puis par la Chambre des Députés le 20 juin 1885 et la rédaction définitive de l'art. 33 fut ainsi arrêtée : « La vente volontaire d'un navire grevé d'hypothèques à un étranger, soit en France, soit à l'étranger, est interdite. Tout acte fait en fraude de cette disposition est nul et rend le vendeur passible des peines portées par l'art. 408 du Code pénal. L'art. 463 du même Code pourra être appliqué. — Les hypothèques consenties à l'étranger n'ont d'effet à l'égard des tiers, comme celles consenties en France, que du jour de leur inscription sur les registres de la recette principale des douanes du port d'immatricule du navire. — Sont néanmoins valables les hypothèques constituées sur le navire acheté à l'étranger avant son immatriculation en France, pourvu qu'elles soient régulièrement inscrites par le consul français sur le congé provisoire de navigation, et reportées sur le registre du

receveur des douanes du lieu où le navire est immatriculé. — Ce report sera fait sur la réquisition du créancier qui devra produire, à l'appui, le bordereau prescrit par l'art. 8 de la présente loi. — Les dispositions du présent article seront mentionnées sur l'acte de francisation. »

Désormais donc, en vertu de l'art. 33, le propriétaire d'un navire hypothéqué, n'a plus le droit de le vendre à un étranger. S'il viole les dispositions de la loi à cet égard, il est considéré comme coupable d'abus de confiance et il devient passible, par application de l'art. 408 du Code pénal, d'un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus et d'une amende qui ne pourra excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts dus aux parties lésées, ni être moindre de 25 francs, sauf l'admission de l'art. 463 relatif aux circonstances atténuantes. Il faut, d'ailleurs, remarquer que ces pénalités ne seront pas toujours encourues par cela seul qu'il y aura vente volontaire à un étranger d'un navire hypothéqué; il résulte formellement de la discussion qui eut lieu au Sénat que ce que le législateur a voulu punir, c'est la vente frauduleuse uniquement; et si le propriétaire du navire ou son représentant a pris le soin, en faisant la vente, de garantir les intérêts des créanciers hypothécaires, il ne pourra plus être poursuivi. C'est ce que déclara, en effet, le rapporteur sur des observations présentées par M. Brunet en disant : « S'il n'y avait pas fraude, la prohibition n'aurait plus d'intérêt. C'est certainement l'acte frauduleux que nous voulons atteindre ». Mais, par contre, toutes les fois que l'intention frauduleuse existera, l'art. 33 deviendra applicable sans autre condition ; il ne sera nullement nécessaire, par exemple, que le navire ait été vendu en entier ; il suffira que la dénationalisation du navire soit une conséquence directe de la vente.

D'autre part, si le législateur a interdit l'hypothèque éventuelle telle qu'elle était régie par la loi de 1874, il n'a point prohibé absolument toute hypothèque consentie à l'étranger sur un navire en cours de voyage ; il s'est borné à refuser tout effet vis-à-vis des tiers, en pareil cas, à la convention hypothécaire, jusqu'au jour où elle aura été régulièrement inscrite au bureau des douanes du port d'immatricule du navire.

Telles sont les diverses prescriptions et prohibitions renfermées dans l'art. 33, et c'est dans l'intérêt des tiers auxquels il importe de connaître clairement l'effet de l'hypothèque consentie en pays étranger et le point de départ du droit de préférence à leur égard, que le législateur en a exigé la mention sur l'acte de francisation.

Les auteurs de la loi de 1874 indiquaient qu'ils avaient emprunté l'hypothèque éventuelle à la législation anglaise dont ils ne faisaient que reproduire les dispositions. Ceci n'était vrai que dans une certaine mesure ; car les dispositions du *Merchant-Shipping act* relatives au certificat de mort-gage différaient notablement de l'hypothèque éventuelle telle que la loi de 1874 l'avait comprise et réglementée. L'art. 77 exigeait, en effet, que le propriétaire qui veut obtenir un certificat de mort-gage fasse connaître : en premier lieu, le nom des personnes qui pourront exercer le pouvoir mentionné dans le certificat, et le montant maximum des charges à créer s'il y a lieu ; deuxièmement, la place ou les places où ce pouvoir doit être exercé ou la mention qu'il peut être exercé partout, si aucune place n'est désignée, sous la réserve des règles posées plus loin ; enfin, il doit encore indiquer la limite du temps pendant lequel ce pouvoir peut être exercé. L'art. 78, d'autre part, interdit le certificat de mort-gage ayant pour effet d'autoriser un emprunt sur une place quelconque de la Grande-

Bretagne, si le port d'enregistrement est situé dans ledit royaume; ou sur une place d'une possession anglaise, si le port d'enregistrement du navire est situé dans cette possession, ou encore si le nom du mandataire ne figure pas dans le contrat. Il y a donc là véritablement la constitution d'un mort-gage par mandataire, ainsi que nous le verrons en étudiant les dispositions des lois étrangères relativement aux formes de constitution de l'hypothèque.

En ce qui concerne la vente à l'étranger, elle est permise soit directement, soit par mandataire, d'après la législation anglaise, contrairement à ce qu'affirme M. Le Cesne dans son rapport. Cela résulte encore de l'art. 77 du *Merchant-Shipping act* qui nous dit que le pouvoir de vendre ne peut être donné pour un des ports du Royaume-Uni, ce qui semble bien autoriser à croire qu'il peut, *à contrario*, être donné pour un port étranger. Mais, l'art. 81 ajoute que si l'acheteur du navire n'a pas qualité pour posséder un navire anglais, l'enregistreur ou le consul du lieu de la vente se fera remettre le certificat de nationalité, et le navire sera rayé du registre du port d'attache, sous la réserve des morts-gages qui n'auraient pas été encore payés; dans le cas où le certificat de nationalité n'est pas rendu, l'acquéreur n'est pas reconnu propriétaire par la loi anglaise, et le vendeur peut être condamné à une amende de cent livres au maximum. On voit que le système adopté en Angleterre pour la vente du navire hypothéqué à un étranger, diffère quelque peu de celui que consacre la loi de 1885; mais, dans l'un comme dans l'autre, le résultat recherché est le même, la sauvegarde des intérêts des créanciers hypothécaires et des tiers; et ce but nous paraît atteint aussi bien par l'un que par l'autre.

La législation des Etats-Unis ne présente pas de disposition particulière à l'hypothèque éventuelle.

Le Code italien de 1882 exige, pour que la vente d'un navire en pays étranger produise ses effets à l'égard des tiers, qu'elle soit transcrite sur les registres du Consulat, qui en fait parvenir ensuite la copie au port d'attache du navire; en outre, les consuls, avant de recevoir l'acte de vente d'un navire, doivent s'assurer qu'il a été pourvu au paiement et à la sécurité des créanciers privilégiés, dont le nom figure sur l'acte de nationalité. L'art. 489 autorise formellement la constitution du gage dans le royaume, pendant que le navire est en voyage pour un pays étranger.

Dans la loi belge du 21 août 1879, on a supprimé une disposition du projet correspondant à notre ancien art. 26, tout en reconnaissant que, même en l'absence de cette disposition, le propriétaire pourrait parfaitement consentir une hypothèque, sans que le navire se trouve à son port d'attache.

SECTION III

Qui peut constituer l'hypothèque maritime et en quelle forme?

I. En matière de droit commun, le principe est déposé dans l'art. 2124 du Code civil : celui-là peut hypothéquer qui peut aliéner. En ce qui concerne l'hypothèque maritime, l'art. 3 de la loi de 1885 s'exprime ainsi : « L'hypothèque sur le navire ne peut être consentie que par le propriétaire ou par son mandataire, justifiant d'un mandat spécial. » La rédaction du Code civil est certainement préférable à celle-ci, car le propriétaire ne peut pas toujours aliéner; et, par contre, dans certains cas, l'hypothèque peut être consentie par d'autres que le propriétaire. (De Valroger, t. III, p. 195.)

Des difficultés pouvaient se produire dans le cas de copropriété. La loi de 1874 n'en parlait pas, et sous son empire, il y avait lieu de se demander si l'on devait faire application, en notre matière, de l'art. 220 du Code de commerce, qui dispose qu'en tout ce qui concerne l'intérêt commun des propriétaires d'un navire, l'avis de la majorité est suivi; on pouvait se demander si l'hypothèque était un de ces actes pour lesquels la délibération de la majorité liait la minorité. Différentes opinions s'étaient fait jour à cet égard. La plupart des auteurs soutenaient avec raison, croyons-nous, que l'art. 220 reposant sur un principe excessivement rationnel, devait avoir une portée générale, et s'appliquer toutes les fois que la loi n'y avait pas dérogé formellement, comme tel était le cas dans notre espèce. On décidait en conséquence dans cette opinion que la majorité, déterminée conformément à l'art. 220, pourrait hypothéquer le navire. On argumentait en ce sens de la disposition de l'art. 28 de la loi de 1874 (Mallet, *De l'hypoth. mar.*, p. 34), et un auteur ajoutait même que, vu la gravité de la mesure, il serait bon de soumettre la délibération de la majorité à l'homologation du Tribunal, en appliquant par analogie l'art. 233 du Code de commerce, modifié par l'art. 28 que nous venons de citer.

Mais il faut reconnaître que cette interprétation était vivement combattue par d'autres auteurs (De Valroger, t. III, p. 197) qui repoussaient l'argument tiré de l'art. 233, en disant que cet article se réfèrait à une hypothèse spéciale hors de laquelle il était impossible de l'étendre, et qui concluaient également à la non-application de l'art. 220, en disant que les droits de la majorité par lui consacrés, n'avaient trait uniquement qu'à un pouvoir d'administration dans les termes duquel il était impossible de faire rentrer l'hypothèque.

La loi de 1885 est venue trancher la difficulté en s'expliquant formellement sur le cas de copropriété. Après avoir dit dans son premier paragraphe, qui se borne à reproduire l'art. 3 de la loi de 1874, que l'hypothèque ne peut être consentie que par le propriétaire ou son mandataire justifiant d'une procuration spéciale, le nouvel art. 3 ajoute : « Si le navire a plusieurs propriétaires, il pourra être hypothéqué par l'armateur titulaire pour les besoins de l'armement ou de la navigation, avec l'autorisation de la majorité telle qu'elle est établie par l'art. 220 du Code de commerce et celle du juge, comme il est dit à l'art. 233. — Dans le cas où l'un des propriétaires voudrait hypothéquer sa part indivise dans le navire, il ne pourra le faire qu'avec l'autorisation de la majorité conformément à l'art. 220 du Code de commerce. » La lecture de ce texte nous fait donc apercevoir deux dispositions nouvelles introduites par la loi de 1885 et qu'il nous faut maintenant étudier.

Dans la proposition soumise à la Chambre des Députés, le texte était un peu différent ; on se bornait dans le cas de copropriété, à déclarer l'art. 220 applicable ; par suite, l'avis de la majorité suffisait et faisait loi sans qu'aucune autre formalité fût nécessaire. Mais dans le cours de la discussion, un amendement fut proposé par M. Gaudin qui demandait pour l'hypothèque, dans le cas dont nous nous occupons, non pas l'assimilation à l'art. 220, mais à l'art. 233. Il fit valoir que puisque la loi à voter avait pour but de substituer l'hypothèque à l'emprunt à la grosse, il était logique, il devenait même indispensable, d'accorder à la minorité la garantie de l'intervention du juge. Il ajoutait que si l'on se bornait à exiger l'avis de la majorité, il n'y aurait là trop souvent qu'une garantie absolument illusoire, puisque, dans de nombreux cas, cette majorité serait représentée par l'armateur lui-même. En exigeant l'autorisation du juge, tous

les intérêts se trouveraient sauvegardés, et la sécurité qui en résulterait pour les prêteurs, viendrait donner un nouvel essor au crédit maritime. La Commission adopta l'amendement ainsi présenté, et le texte fut modifié en ce sens.

Quant au troisième paragraphe de notre article, on se borna à mettre sa rédaction d'accord avec la modification subie par le deuxième paragraphe, en conservant la disposition du projet de loi qui exigeait l'avis de la majorité pour permettre au copropriétaire d'hypothéquer sa part indivise. Ce droit du copropriétaire était reconnu également par la loi de 1874. L'art. 3 permettait en effet d'hypothéquer le navire ou portion du navire et cette dernière expression avait été entendue non seulement en ce sens que chaque copropriétaire pouvait librement hypothéquer sa part indivise dans la propriété du navire, mais on était allé plus loin et il avait été jugé qu'il pouvait hypothéquer librement une portion seulement de cette part, ainsi que cela résulte d'un arrêt de la Cour de Rennes du 25 mars 1879 (D., 81, 1, 10).

Cette faculté accordée sans contrôle à chaque copropriétaire d'hypothéquer sa part comme bon lui semblait, présentait des dangers faciles à comprendre, sans qu'il soit nécessaire d'y insister longuement. Si chacun des propriétaires pouvait grever le navire d'hypothèques partielles dans un but purement personnel, on arriverait à un résultat contraire à celui que s'est proposé le législateur. On rendrait souvent ainsi illusoire, en effet, la faculté de constituer une hypothèque générale qui peut seule procurer les gros capitaux nécessaires au commerce maritime à notre époque, et, en outre, on s'exposerait à voir le crédit que peut fournir le navire détruit à tout moment par des saisies d'autant plus regrettables, que leur cause serait étrangère aux

intérêts de tous, et qu'elles pourraient n'avoir pas pour excuse la nécessité. Voilà les motifs pour lesquels la loi a prescrit à chaque copropriétaire, avant d'hypothéquer sa part indivise, de se faire autoriser par la majorité. Ici, la loi n'a pas exigé l'autorisation du juge, et avec raison, car l'intérêt de la majorité sera un sûr garant qu'elle exercera un contrôle efficace, et d'autre part, les formalités de l'autorisation du juge n'étant plus indispensables devaient être supprimées dès lors qu'il s'agissait seulement, comme l'a dit le rapporteur au Sénat, « d'un intérêt privé qui veut être admis à contracter l'hypothèque pour son compte »,

Donc la règle en notre matière est que le propriétaire seul à le droit d'hypothéquer. Mais évidemment, il peut exercer ce droit par mandataire ; c'est ce que vient déclarer en termes formels la loi de 1885 après la loi de 1874. Mais ici une difficulté se présente, signalée d'ailleurs par tous les auteurs. L'art. 3 de notre loi nous dit que l'hypothèque peut être consentie par le mandataire justifiant d'un mandat spécial ; or l'art. 1988 du Code civil, en matière immobilière, exige que le mandat pour hypothéquer soit exprès. Et l'on est conduit à se demander si l'on doit chercher dans la différence des expressions employées, l'intention de la part du législateur, de consacrer une différence dans la nature du mandat exigé. Il semblerait résulter au premier abord des art. 1987 et 1988 du Code civil que les expressions mandat exprès et mandat spécial sont synonymes, car la loi les oppose également au mandat général. Toutefois, comme le législateur a employé tantôt une de ces expressions tantôt l'autre séparément, il semble bien qu'elles doivent différer l'une de l'autre et c'est ce qui est généralement admis en notre matière. Tout le monde s'accorde à exiger ici quelque chose de plus qu'en matière immobilière, mais on varie sur l'étendue de cette exigence ;

les uns disent que par mandat spécial le législateur a entendu parler du pouvoir de consentir des hypothèques maritimes ; les autres soutiennent que le pouvoir doit s'appliquer non pas seulement au droit de consentir des hypothèques maritimes d'une façon générale, mais que le mandataire doit avoir été chargé spécialement d'hypothéquer tel ou tel navire. Nous avouons que cette dernière opinion nous paraît préférable et plus conforme à l'intention probable du législateur, surtout depuis les innovations de la loi de 1885 qui est venue régler d'une façon plus rigoureuse la faculté de consentir l'hypothèque maritime. En tout cas, quel que soit le système auquel on se range, tout le monde reconnaît que ce serait montrer trop de sévérité que d'exiger dans le mandat à fins d'hypothèque maritime, l'indication du montant de l'emprunt hypthécaire. Dans le cas de l'art. 237 du Code de commerce en effet, le mandat qui permet au capitaine de vendre le navire doit être spécial, et pourtant le propriétaire n'est certainement pas tenu d'indiquer le prix de vente.

Avant d'abandonner cet ordre d'idées, signalons en passant l'exception au principe que le propriétaire seul peut hypothéquer le navire, résultant de l'article 35 de notre loi ainsi conçu : « L'article 233 du Code de commerce est modifié ainsi qu'il suit : Si le bâtiment est frété du consentement des propriétaires, et que quelques-uns fassent refus de contribuer aux frais nécessaires pour l'expédition, le capitaine peut, en ce cas, vingt-quatre heures après sommation faite aux refusants de fournir leur contingent, emprunter hypothécairement pour leur compte sur leur part dans le navire, avec l'autorisation du juge. — Au cas où la part serait déjà hypothéquée, la saisie pourra être autorisée par le juge, et la vente poursuivie devant le Tribunal civil, comme il est dit ci-dessus. » Le dernier paragraphe

a été ajouté par la loi du 10 juillet 1885 ; le reste de la disposition figurait déjà dans la loi de 1874. Lorsque la part du propriétaire récalcitrant est déjà hypothéquée, la constitution d'une seconde hypothèque aurait été le plus souvent inutile, car on eût rarement trouvé une personne qui consentît à avancer des fonds sur une garantie aussi précaire, et il aurait été souverainement injuste pour les copropriétaire, que l'insolvabilité d'un d'entre eux ou simplement sa négligence, pût permettre une immobilisation du navire qui leur eût été essentiellement préjudiciable. C'est là, d'ailleurs le seul cas où le capitaine puisse hypothéquer le navire de son propre chef; dans toute autre hypothèse, il ne pourra le faire qu'avec un mandat du propriétaire.

La loi anglaise permet à chacun des copropriétaires d'hypothéquer sa part comme bon lui semble, et n'admet pas, au contraire, que la majorité puisse, dans aucun cas, hypothéquer la part d'un copropriétaire, sans son assentiment. L'hypothèque peut être constituée par mandataire; ce mandat consiste dans un certificat d'hypothèque, délivré par l'enregistreur de la marine, à la requête du propriétaire, et mentionnant le nom du mandataire, le maximum de l'emprunt à réaliser par hypothèque, les places où cette réalisation doit avoir lieu, et enfin la limite du temps pendant lequel elle est possible.

Le Code italien de 1882 permet au capitaine, dans l'hypothèse de notre article 3, moyennant sommation préalable à ceux qui refusent de donner leur quote-part, et vingt-quatre heures après cette sommation, d'emprunter à la grosse ou hypothécairement pour leur compte, la somme nécessaire, avec la seule autorisation du Tribunal de commerce, sur leur part d'intérêt dans le navire.

En Belgique, un copropriétaire ne peut hypothéquer sa part, sans le consentement des autres. Bien que l'article 136

de la loi du 21 août 1879 ne permette l'hypothèque sur le navire d'autrui qu'avec un mandat spécial donné par écrit, l'article 23 reproduit textuellement la disposition de notre article 35 § 1.

II. Passons à notre seconde question et voyons en quelle forme l'hypothèque doit être constituée. En droit romain, la rédaction d'un écrit pour constater la convention d'hypothèque, n'avait pour but que de faciliter la preuve de cette convention, mais n'était nullement indispensable pour en assurer la validité.

Le Code civil, dans l'art. 2117, fait rentrer le contrat hypothécaire dans la famille des contrats solennels, en disant que « l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats ». Et l'art. 2127 vient déterminer la solennité du contrat hypothécaire en exigeant « un acte passé en la forme authentique devant deux notaires ou un notaire et deux témoins. » Tel est donc le droit commun en matière immobilière; il faut un acte écrit et un acte authentique. Notons, d'ailleurs, que cette dernière exigence n'est peut-être pas suffisamment justifiée dans notre droit, où elle a donné lieu à maintes critiques, et qu'en tous cas, elle ne se retrouve point dans la plupart des législations étrangères.

En matière d'hypothèque maritime, la rédaction d'un écrit s'imposait, soit parce que les conséquences qu'elle entraîne sont trop graves pour permettre d'en subordonner l'existence à la preuve testimoniale, soit parce que la condition de publicité imposée à l'hypothèque, exigeait la représentation d'un acte écrit, nécessaire pour pouvoir faire l'inscription. Ajoutons à cela qu'il n'y avait là qu'une application des principes généraux qui imposent toujours la rédaction d'un écrit pour la constatation des contrats maritimes.

Mais, si l'on comprend la nécessité d'un écrit, l'obligation de rédiger un acte authentique eût été trop rigoureuse, et eût entravé constamment les constitutions d'hypothèques. La célérité des opérations commerciales exige qu'on simplifie dans la plus large mesure possible les formalités des actes, et, d'autre part, en cette matière les prêts, à la différence de ce qui se passe en matière civile, sont généralement faits pour une durée extrêmement courte, ce qui aurait fait paraître réellement exagérés les frais de la forme authentique déja fort lourds en matière civile. La loi de 1885 n'a donc fait qu'obéir aux principes rationnels, en venant décider dans son art. 2 après la loi de 1874 que : « Le contrat par lequel l'hypothèque maritime est constituée, doit être rédigé par écrit; il peut être fait par acte sous signatures privées. »

Et maintenant, nous pouvons déterminer comment il faut entendre cette proposition formulée par notre loi, que la rédaction d'un acte écrit est nécessaire. En matière civile, le contrat hypothécaire étant un contrat solennel, son existence même est absolument subordonnée à la rédaction d'un écrit; si cette condition n'est pas remplie, il n'y a plus rien; la convention est inexistante. Au contraire, en matière maritime, la loi soustrait l'hypothèque à la solennité; l'acte écrit n'est plus exigé que pour la preuve; *ad probationem tantum non ad solemnitatem.* La conséquence à tirer de là, c'est qu'en l'absence de tout écrit, le contrat hypothécaire peut très bien se former; et si, devant la justice, les parties en reconnaissent l'existence, le jugement constatant l'aveu tiendra lieu d'acte et les parties se trouveront liées par la convention. Toutefois ceci ne doit être admis qu'en ce qui concerne l'aveu, et, en dehors de cette hypothèse, toutes les fois qu'une contestation quelconque s'élèvera sur l'existence du contrat hypothécaire, la preuve

ne pourra en être faite qu'au moyen d'un acte écrit. Telle est la façon dont il faut interpréter cette expression de notre loi : « doit être rédigé par écrit, » et si un doute pouvait s'élever à cet égard, il suffirait, pour le dissiper, de se référer au rapport présenté en 1874 par M. Grivart qui justifiait la nécessité de l'écrit en disant : « On ne pouvait, en une matière aussi grave, rien abandonner au hasard de la preuve testimoniale. »

Il faut donc, sous la réserve de ce que nous venons de dire, que l'hypothèque soit rédigée par écrit, mais un acte sous seing privé est suffisant pour sa validité. Toutefois la loi ne veut pas dire par là que l'hypothèque maritime ne pourra pas être constituée par un acte authentique ; la rédaction d'un acte sous seing privé n'est qu'une simple faculté, et les parties seront toujours libres, quand elles le voudront, de s'adresser à un officier public ; et elles pourront s'adresser soit à un notaire, soit à un officier public quelconque, peu importe. Néanmoins, en pratique, il est évident qu'elles iront toujours trouver un notaire, car elles auront ainsi l'avantage d'attacher la force exécutoire au contrat. Le notaire, d'autre part, ne sera point tenu de passer l'acte en minute ; les lois sur l'hypothèque maritime tranchant en ce sens les controverses qui s'étaient élevées en matière civile, déclarent formellement l'une et l'autre, dans leur art. 8, que l'hypothèque peut être inscrite sur la présentation d'un acte en brevet.

Quand nous avons dit que l'hypothèque maritime pourrait être consentie par mandataire, nous n'avons pas parlé de la forme que devait revêtir ce mandat. C'est, qu'en effet, il était difficile de déterminer cette forme avant de connaître celle du contrat lui-même. Au point où nous en sommes, nous pouvons affirmer que le mandat sera donné valablement sous seing privé, lorsque l'hypothèque

aura été constituée par acte sous seing privé; mais que décider si la constitution a eu lieu dans la forme authentique? En pareil cas, le mandat devra-t-il être nécessairement authentique lui aussi, ou bien aura-t-il pu valablement être donné sous seing privé? Ici nous nous trouvons en présence de deux théories différentes que l'on pourra s'étonner de voir émaner, l'une et l'autre, de la Cour de Cassation. La première résulte d'un arrêt de la Chambre des requêtes, du 15 novembre 1880 (D., 81. 1, 119), et la seconde a été indiquée par la Chambre civile dans son arrêt du 29 juin 1881 (D., 82. 1, 110). Nous lisons, en effet, dans les motifs du premier de ces deux arrêts, que : « Lorsque la personne qui veut contracter un emprunt hypothécaire, stipule par l'organe d'un fondé de pouvoir, les deux actes constitutifs de l'hypothèque et du mandat, forment un tout indivisible, soumis aux mêmes conditions, et doivent, par suite, revêtir le même caractère d'authenticité ». Il faudrait donc conclure de là logiquement que, toutes les fois que l'hypothèque maritime sera consentie par acte authentique, le mandat, pour être valable, devra revêtir la même forme. Mais, dans le second arrêt précité du 29 juin 1881, la Cour de Cassation se fonde pour exiger l'authenticité du mandat, sur ce que la loi dispose que l'hypothèque conventionnelle doit être consentie par un acte authentique, et que, par suite, en l'absence d'une disposition formelle, le mandant ne peut pas être considéré comme capable de faire indirectement par mandataire ce qu'il n'aurait pas pu faire lui-même. On le voit, ici on ne s'appuie plus sur l'indivisibilité des deux contrats constitutifs de l'hypothèque et du mandat, mais sur l'impossibilité pour le mandataire qui tient ses droits du mandant, de faire un acte que celui-ci ne pouvait pas accomplir lui-même. La conséquence de cette proposition est que, si le

mandant avait pu constituer l'hypothèque par acte sous seing privé, comme il en a le droit en matière maritime, le mandat aurait pu être donné dans cette même forme, sans qu'il y ait lieu de considérer si le mandataire usera, pour constituer l'hypothèque de la forme sous seing privé ou de la forme authentique, également admises par notre loi. De ces deux opinions, quelle est celle qui doit être préférée? Nous croyons la deuxième plus rationnelle et plus conforme au caractère particulier de l'hypothèque maritime. Nous déciderons donc que le mandat peut être donné valablement par acte sous seing privé, dans tous les cas, sans qu'il y ait lieu de distinguer si le contrat hypothécaire est fait lui-même par acte sous seing privé ou dans la forme authentique.

Une dernière question se pose à propos de l'acte constitutif de l'hypothèque maritime fait sous seing privé. On sait que l'art. 1325 du Code civil exige que les actes sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques, soient rédigés en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. On peut se demander si cet article doit recevoir application en matière d'hypothèque maritime; en d'autres termes, l'acte sous seing privé constitutif d'hypothèque doit-il être rédigé en deux originaux, ou bien un seul suffira-t-il? Cette question est diversement résolue suivant les auteurs. D'après les uns (Mallet, *op. cit.*, p. 32), il faudrait deux originaux. Il est bien vrai, dit-on, que l'art. 1325 ne s'applique qu'aux contrats synallagmatiques et qu'il s'agit ici d'un contrat unilatéral, mais c'est précisément par suite d'une exception au droit commun que ses dispositions doivent s'appliquer ici. Cette exception se trouve, en effet, consacrée en matière d'hypothèque maritime par l'art. 8 de notre loi qui nous dit que l'un des originaux reste déposé en douane au moment de

l'inscription, et l'art. 15 qui exige pour la radiation qu'on présente au receveur un autre original. On ajoute, en ce sens, que s'il n'y avait qu'un seul original, la nécessité du dépôt indiqué par l'art. 8 empêcherait d'user de la forme à ordre que la loi autorise (art. 12). D'ailleurs, d'autres auteurs se rallient à une opinion diamétralement opposée. S'inspirant uniquement des principes théoriques et de la règle d'interprétation admise par tous, qu'il ne saurait y avoir de nullité sans un texte formel, ils décident qu'un seul original est pleinement suffisant pour la validité du contrat hypothécaire. Quant à l'argument tiré des termes de l'art. 8, on le réfute en disant que la loi n'a eu pour but de prévoir que l'hypothèse la plus ordinaire, en supposant la rédaction de plusieurs originaux, mais elle a si peu voulu subordonner la validité de l'hypothèque à cette condition, que les prescriptions mêmes des art. 8 et 9 ne sont pas exigées à peine de nullité. On voit, en effet, dans les travaux préparatoires, que l'Assemblée nationale repoussa un amendement qui proposait d'ajouter à l'art. 8 les mots « à peine de nullité ». Cette dernière opinion qui nous paraît la plus rationnelle, a été consacrée par un jugement du Tribunal de commerce de Nantes, le 5 novembre 1881 (*Recueil de Nantes*, 1882, 1, 106) et nous n'hésitons pas à l'adopter.

En Angleterre, l'hypothèque peut être constituée par acte sous seing privé. On vend dans le commerce des imprimés contenant la formule indiquée par la loi ; les parties n'ont qu'à remplir les blancs, à signer en présence d'un témoin et à porter l'acte au collecteur des douanes de la localité qui l'enregistre sur un registre spécial immédiatement, sans avoir aucune observation à faire. L'imprimé portant la signature de l'emprunteur et du prêteur, est conservé par ce dernier et constitue son titre.

De même, aux Etats-Unis, l'hypothèque peut être constituée par acte sous seing privé et devient immédiatement valable entre les parties et les tiers qui en ont actuellement connaissance; toutefois, pour l'enregistrement, il est nécessaire que l'acte ait été reconnu devant un notaire ou un officier public autorisé à cet effet (*J. de dr. intern. pr.*, t. VII, p. 314).

En Hollande, il suffit que l'acte ait date certaine; en Prusse et en Italie, qu'il y ait eu acte écrit.

La législation belge reproduit les dispositions de la loi française.

CHAPITRE II

De la publicité de l'hypothèque maritime.

Notre système hypothécaire tout entier, tel qu'il est organisé par notre Code civil, repose sur une double base, la spécialité et la publicité. La nécessité de ce dernier principe n'a pas toujours été comprise par les législateurs. Les Grecs avaient bien imaginé d'indiquer, par un poteau planté sur le fonds hypothéqué, le nom du créancier et le montant de la créance; mais ce mode de publicité rudimentaire, qu'il est bien permis de considérer comme tout à fait insuffisant, n'avait même pas été admis dans le droit romain. A Rome, c'était le principe de la clandestinité qui dominait; toutes les hypothèques étaient occultes, en même temps qu'elles pouvaient porter sur la généralité des biens présents et à venir du constituant. Les principes du droit romain, à cet égard, passèrent dans notre ancien droit. Toutefois, les inconvénients du manque de publicité ne tardèrent pas à être reconnus, et l'on chercha à diverses reprises à y remédier. D'abord, dans certaines provinces du Nord, appelées pays de saisine ou de nantissement, on admit que les hypothèques, pour pouvoir être opposables aux tiers, devraient être inscrites sur un registre à ce destiné. Puis, diverses tentatives furent faites pour généraliser ce principe par plusieurs édits de 1580, 1606 et 1673. Mais ces efforts ne furent pas couronnés de succès, et l'on peut dire que, dans notre ancien droit, les hypothèques demeurèrent occultes. Vint le droit intermédiaire qui prit le contre-pied

du système romain et fit prévaloir les principes admis dans les pays de saisine. Le principe de la publicité, posé d'abord dans la loi du 9 messidor an III, reçut une consécration complète dans la célèbre loi du 11 brumaire de l'an VII, qui l'étendit d'une façon absolue à toutes les hypothèques sans aucune distinction. Le législateur du Code civil adopta également ce principe, en en restreignant toutefois la portée; il y apporta exception pour certaines hypothèques qui, dans un but de protection pour les personnes auxquelles on les accordait, furent dispensées de publicité.

Nous avons vu que l'hypothèque conventionnelle fut seule admise en matière maritime ; le principe de publicité devait donc s'appliqur ici sans aucune restriction. Il le devait d'autant plus qu'il s'agissait de créer un moyen de crédit; or, plus la publicité est complète, et plus sont sérieuses les garanties accordées aux tiers dont l'apport des capitaux est en raison directe de la sécurité qu'ils rencontrent et de la confiance qui leur est inspirée. Le législateur de 1874 devait donc être conduit à faire à la publicité la part la plus large possible, et nous verrons qu'il y a réussi.

Une fois le principe de la publicité admis, il s'agissait de savoir comment on l'organiserait pour répondre de la façon la plus heureuse aux exigences de la pratique. Or, à cet égard, il suffisait de s'inspirer du droit civil et d'adapter à l'hypothèque maritime le mode établi pour l'hypothèque terrestre. Le Code civil décide en effet que l'hypothèque est rendue publique par une inscription sur des registres à ce destinés, et qui servent également à la transcription des actes sujets à cette formalité et des procès-verbaux de saisie immobilière. C'est également par une inscription faite dans les formes que nous allons avoir à déterminer que s'opère la publicité de l'hypothèque maritime.

Cette publicité est tellement indispensable au développement du crédit maritime, que tous les pays qui ont adopté l'hypothèque maritime ou des institutions analogues, ont déterminé, en même temps, soigneusement les moyens de la faire parvenir à la connaissance des tiers. Et dans la plupart de ces législations, le mode de publicité, comme chez nous, consiste encore dans l'inscription de l'hypothèque sur un registre spécial; une note divergente est cependant donnée par le Danemark où la publicité n'est assurée que par la lecture du contrat devant le Tribunal du lieu. Inutile d'insister sur l'insuffisance de ce procédé qui réfléchit sur le contrat lui-même, dont les applications sont rares et peu importantes (René Millet, *op., cit.*). Cette disposition de la loi danoise est, d'ailleurs, exceptionnelle, et n'a été suivie par aucune autre législation. C'est ainsi qu'en Angleterre, l'article 67 du *Merchant-Shipping act* exige pour la validité de mort-gage son inscription sur un registre spécial, et que la même formalité assure en Allemagne l'efficacité de l'hypothèque; toutefois, l'inscription ne s'opère pas de la même façon dans les deux pays.

Le livre sur lequel le contrat d'hypothèque est inscrit en Angleterre, ou *Registrar book*, est une sorte de registre de l'état-civil des navires anglais, tenu par un fonctionnaire spécial, appelé enregistreur de la marine. Sur ce livre, on mentionne tout à la fois la constitution du mort-gage, la libération du débiteur, et les différents transferts que peut subir le mort-gage, avec le nom des cessionnaires successifs, le tout, sur le vu des différentes pièces exigées par la loi. (V. art. 66 et suiv. du *Merch. Ship. act.)* D'après une loi récente, le mort-gage non enregistré est aujourd'hui valable, et peut engendrer une action en justice; le seul effet produit par le défaut d'enregistrement est de faire

passer en seconde ligne le mort-gage qui en est privé.

En Allemagne, ou tout au moins dans les Etats qui ont adopté la loi prussienne du 24 juin 1861, le registre est tenu par le Tribunal, et c'est lui qui est chargé de faire l'inscription. Par cela seul que l'inscription a été opérée sur le registre, le gage se trouve constitué, et elle doit être rayée au moment où le gage prend fin (V. *Annuaire de législ. étr.* 1880, p. 108).

En Belgique, l'art. 139 de la loi du 21 août 1879, déclare que la publicité de l'hpothèque résultera de l'inscription sur un registre spécial tenu par le conservateur des hypothèques, à Anvers; les formalités de l'inscription reproduisent d'une façon presque identique, celles exigées par les lois de 1874 et 1885.

La législation italienne déclare également la transcription du contrat d'hypothèque indispensable pour permettre d'en invoquer les effets vis-à-vis des tiers. Cette transcription s'opère sur les registres du bureau maritime où le navire est inscrit, si l'hypothèque a été constituée en Italie, et sur les registres du Consulat du lieu où se trouve le navire, si la constitution a eu lieu à l'étranger. L'inscription du gage doit avoir lieu sur l'acte de nationalité, et mention doit en être faite dans la transcription qui est opérée sur les régistres.

L'inscription du mort-gage est également exigée aux Etats-Unis, et elle se fait sur des registres tenus par le receveur des douanes. Le mort-gage non enregistré est nul vis-à-vis des tiers, qui n'en ont pas une connaissance légale ; il est valable, au contraire, entre les parties et à l'égard des personnes connaissant légalement le contrat.

La Hollande présente, au point de vue qui nous occupe, une organisation très complète. Elle est caractérisée prin-

cipalement par l'existence à La Haye d'un bureau central, dont les fonctions consistent à maintenir l'ensemble entre les divers bureaux de conservation des hypothèques, où l'hypothèque maritime doit être inscrite, et à surveiller les inscriptions et transcriptions ; on s'est borné, en effet, à appliquer à l'hypothèque maritime les règles posées pour les hypothèques immobilières en droit commun, chose facile, étant donnée l'organisation étendue de la publicité de la propriété des navires.

Nous allons voir que nos lois sur l'hypothèque maritime ont suivi un système analogue à celui de la loi hollandaise. Chez nous aussi des registres sont tenus par l'administration des douanes sur lesquels, avec la liste des bâtiments de mer et le nom des propriétaires, toutes les transactions auxquelles les navires peuvent donner lieu sont mentionnées. Ce registre était donc tout indiqué pour servir à porter à la connaissance des tiers, l'existence des hypothèques qui pouvaient être constituées sur les navires, et c'est, en effet, l'inscription qui y est faite, qui constitue la base de notre système de publicité. Pour étudier la matière dans un ordre logique, nous verrons successivement quels sont les fonctionnaires chargés de l'inscription ; quelles sont les formes de cette inscription ; quels effets elle produit, et enfin, nous parlerons de la péremption et de la radiation des inscriptions.

SECTION I

Fonctionnaires chargés de l'inscription.

La loi du 27 vendémiaire an II a imposé à l'administration des douanes l'obligation de tenir un registre de tous les bâtiments de mer, des noms des propriétaires et des aliénations successives dont ils peuvent être l'objet. Un

extrait de ce registre est remis au capitaine sous le nom d'acte de francisation et doit suivre le navire en tous lieux. Tout changement dans l'état-civil du navire, de même que tout changement de port d'attache, toute vente de tout ou portion du navire, ne peuvent être opposés aux tiers qu'après la transcription du contrat sur les registres de la douane. C'est, du moins, le système qui a été consacré par la jurisprudence, transformant ainsi un règlement de police administrative, en une véritable règle législative et assimilant, par suite, le registre matricule tenu par l'administration des douanes, au registre des transcriptions tenu par le conservateur des hypothèques (Bordeaux, 5 juillet 1870. — D., 71, 2, 138.) Or, il est un principe commun qui se dégage des dispositions des différentes législations étrangères dont nous avons présenté un exposé sommaire il y a un instant, et particulièrement des législations anglaise, allemande et hollandaise, dont la réglementation dans la matière qui nous occupe, était antérieure à la loi de 1874, c'est que l'on a toujours confié le service de la publicité hypothécaire au fonctionnaire qui était déjà chargé d'assurer la publicité de la transmission de la propriété des navires. Ce système pouvait donc être facilement admis en France où, nous venons de le dire, la publicité de la propriété maritime se trouvait confiée à l'administration des douanes; il était logique de lui confier également le soin de la publicité hypothécaire, et c'est ce qu'a fait la loi de 1874 en décidant dans son art. 6 dont la loi de 1885 a conservé la disposition à cet égard en la précisant, que: « L'hypothèque est rendue publique par l'inscription sur un registre spécial tenu par le receveur des douanes. »

Le choix de ces fonctionnaires n'a pas été cependant ratifié par le législateur sans discussion. Déjà, au moment

où avait été présenté le projet de révision du livre II du Code de commerce (août 1867), projet qui admettait l'hypothèque maritime, ainsi que nous l'avons indiqué dans notre introduction, la question s'était posée quand il s'était agi de déterminer les fonctionnaires chargés de la réaliser et avait fait naître quelques difficultés. Le projet confiait, en effet, aux receveurs des douanes le soin d'assurer la publicité hypothécaire, et ce choix souleva de nombreuses objections lors de la discussion du projet par les Chambres de commerce, sans que le gouvernement se crût, d'ailleurs, obligé d'y déférer. En 1874, les mêmes objections se reproduisirent, soit au sein de la Commission, soit devant l'Assemblée nationale, et n'eurent pas plus de succès. On disait que les agents des douanes ne sont tenus de posséder que des connaissances fiscales ; que dans plusieurs circonstances, notamment en ce qui concerne la mutation d'hypothèque et la radiation, ils auraient à vérifier la qualité de ceux qui se présenteraient comme propriétaires, leur capacité, et cette vérification, disait-on, pourrait donner lieu à des questions extrêmement délicates, pour la solution desquelles il est indispensable de posséder une certaine science juridique dont les receveurs des douanes seront ordinairement dépourvus.

Mais alors, à qui confier les fonctions relatives à la publicité de l'hypothèque maritime? Ici, l'on n'était plus d'accord. Les uns, s'attachant plus particulièrement au caractère commercial des opérations à l'occasion desquelles l'hypothèque maritime pouvait intervenir, en chargeaient les greffiers des tribunaux de commerce ; les autres (M. Sébert), envisageant exclusivement les difficultés juridiques qui pourraient se faire jour, et l'insuffisance des receveurs des douanes pour les trancher, les confiaient aux conservateurs des hypothèques habitués à résoudre

constamment des questions identiques en matière d'hypothèques terrestres; d'autres enfin, (M. de Gavardie), prétendaient faire intervenir, tout à la fois, le conservateur des hypothèques et le receveur des douanes.

Les objections faites contre le choix des receveurs des douanes, quelque graves qu'elles paraissent, n'étaient pas cependant irréfutables; et il ne fallait tenir aucun compte de la réalité des faits pour aller jusqu'à dire, comme M. Sébert, qu'il y aurait là une pierre d'achoppement pour la loi nouvelle. En ce qui concerne la question d'aptitude des fonctionnaires chargés de la publicité hypothécaire, tout d'abord, on pouvait faire remarquer que, dans les critiques formulées contre le projet, on avait exagéré de beaucoup les difficultés qui pourraient se produire. En effet, la principale source de ces difficultés en matière hypothécaire ordinaire provient de l'existence des hypothèques légales ou judiciaires et nous avons vu précisément qu'en matière maritime, on avait complètement laissé de côté les dispositions du droit civil sur ce point, et autorisé uniquement l'hypothèque conventionnelle. Il n'y avait donc pas là un motif suffisant pour faire remettre aux mains des conservateurs des hypothèques, la réalisation de l'hypothèque maritime, surtout si l'on prenait en considération ce fait que les garanties qu'ils pouvaient offrir de plus que les receveurs des douanes, au point de vue des aptitudes juridiques, se trouvaient contre-balancées par l'insuffisance de leurs aptitudes au point de vue commercial. Les conservateurs des hypothèques n'ont pas actuellement, en effet, à s'occuper des affaires commerciales et maritimes, et il est facile de le comprendre, le lien qui unit l'hypothèque à celles-ci est excessivement étroit en notre matière. Devait-on alors s'adresser aux greffiers des tribunaux de commerce? Mais pourquoi prétendre *de plano*

que leur capacité en matière hypothècaire surpassera celle des receveurs des douanes, alors qu'il serait impossible d'en présenter la moindre preuve. On pouvait invoquer en outre un autre motif contre cette disposition, motif qui devait suffire à faire repousser également l'amendement de M. de Gavardie qui, par une sorte de cote mal taillée, voulait qu'on s'adressât, tout à la fois, au conservateur des hypothèques et au receveur des douanes. Qui ne voit, en effet, que le seul moyen de réaliser une publicité effective, étant donnée la célérité nécessaire aux opérations commerciales, était de permettre aux tiers intéressés de connaître d'un seul coup d'œil, si je puis m'exprimer ainsi, l'état des inscriptions portant sur tel ou tel navire déterminé. Ce qui donc eût été une véritable pierre d'achoppement aux lois sur l'hypothèque maritime, pour reprendre l'expression de M. Sébert, c'eût été d'obliger les tiers, pour connaître l'état des inscriptions, à s'adresser d'abord aux bureaux de la douane pour vérifier l'état de propriété du navire et ensuite au bureau de la conservation des hypothèques, où l'hypothèque aurait été inscrite. Il était donc plus simple de réunir en un seul et même endroit les éléments nécessaires à cette recherche, et ce ne pouvait être qu'au bureau du receveur des douanes, d'autant mieux comme l'a dit M. Grivart, que « dans leurs nouvelles attributions, les receveurs des douanes ne rencontreront guère plus difficultés qu'il n'en résulte du service des transcriptions dont ils sont chargés depuis soixante-dix ans, sans que leur insuffisance ait jamais été signalée ». Ajoutons à cela que depuis plus de treize ans que les receveurs des douanes sont chargés du service de la publicité hypothécaire, leur compétence a paru suffisante pour que la loi de 1885 vînt consacrer sur ce point les dispositions de la loi de 1874 et avec raison.

C'est donc aujourd'hui le receveur des douanes qui est chargé d'opérer l'inscription des hypothèques consenties sur les navires; mais quel est le receveur compétent? Au point de vue de la compétence *ratione materiæ,* il y a lieu de distinguer deux classes de receveurs; il y a en effet dans l'administration des douanes des receveurs principaux comptables justiciables de la Cour des comptes, et des receveurs buralistes. La loi de 1874 n'avait pas indiqué à quelle classe de receveurs il appartiendrait d'inscrire l'hypothèque maritime; mais en pratique, ce sont les receveurs principaux qui en étaient chargés, ainsi que l'indiquait d'ailleurs formellement la Circulaire du directeur général des douanes du 28 avril 1875. La loi de 1885 est venue combler la lacune de la loi de 1874 en consacrant sur ce point le système admis par la pratique, dans le nouvel art. 6 ainsi conçu : « L'hypothèque est rendue publique par l'inscription sur un registre spécial tenu par le receveur principal du bureau des douanes dans la circonscription duquel le navire est en construction ou du bureau dans lequel le navire est immatriculé, s'il est déjà pourvu d'un acte de francisation. Des décrets détermineront, pour les chantiers de construction établis en dehors du rayon maritime, le bureau des douanes dans la circonscription duquel ils devront être compris ». *Ratione materiæ,* c'est donc le receveur principal qui est compétent. Signalons cependant une exception à cette règle résultant de l'art. 7 de la loi budgétaire du 27 février 1887. Cette loi convertissait un certain nombre de recettes principales en recettes subordonnées, et l'art. 7 ajoutait que : « Les attributions conférées en matière d'hypothèque maritime par la loi du 10 juillet 1885, aux titulaires des recettes principales des douanes converties en recettes subordonnées, seront à l'avenir exercées par les nouveaux titulaires desdites recettes subordonnées »

L'art. 6 de notre loi nous indique également la compétence *ratione personæ*. Il résulte de ses termes, qu'il y a lieu de distinguer deux hypothèses : celle où le navire est en construction, et celle où le navire est francisé. Dans le premier cas, l'hypothèque est inscrite par le receveur des douanes du lieu où le navire est en construction ou par celui au bureau duquel le chantier de construction du navire a été attaché ; dans le second cas, comme le navire est rattaché à un port déterminé par le lien de l'immatricule, ce sera le receveur de ce port auquel incombera le soin d'opérer l'inscription. Relativement à cette dernière hypothèse, il est bon de signaler une disposition dont les conséquences pouvaient nuire considérablement au développement de l'hypothèque maritime. Elle se trouve renfermée dans la Circulaire de la Direction générale des douanes de 1875 à laquelle nous faisions allusion tout à l'heure, où on peut lire la phrase suivante : « Il est en outre d'obligation absolue pour les navires pourvus d'un acte de francisation, qu'au moment où l'inscription est requise, ils se trouvent dans un des ports de la principalité. » Cette disposition dont la légalité aurait pu être contestée, car, en somme, elle aboutissait à ajouter pour l'inscription une autre condition à celles déjà exigées par le législateur, n'aurait plus eu de raison d'être après la rédaction nouvelle de l'art. 6 qui n'exige plus que mention soit faite des inscriptions sur l'acte de francisation ; aussi la nouvelle circulaire parue en 1885 reconnaît-elle expressément que la présence du navire au port d'immatricule au moment de l'inscription ne saurait désormais être exigée.

Il peut arriver que le navire, postérieurement à l'inscription, vienne à changer de port d'immatricule. En pareil cas le nouvel art. 7 reproduisant textuellement le système déjà admis par la loi de 1874, décide que le receveur du

nouveau port devient compétent et qu'il doit reporter d'office sur son registre les inscriptions non encore rayées. Il ne faut voir dans cette disposition qu'une application du principe qui a porté le législateur à simplifier l'organisation de l'hypothèque maritime, à accroître dans la plus large mesure possible la publicité, et à permettre en conséquence aux tiers de se rendre toujours compte de l'état hypothécaire du navire, en s'adressant uniquement au bureau de l'immatricule, sans être obligés de parcourir les registes des différents bureaux où des hypothèques ont pu être inscrites.

L'art. 16 de notre loi, calqué sur l'art. 2196 du Code civil nous dit que : « Le receveur des douanes est tenu de délivrer à tous ceux qui le requièrent, l'état des inscriptions existant sur le navire, ou un certificat qu'il n'en existe aucune. » Remarquons qu'il ne s'agit point ici de la recherche que l'on pourrait faire des hypothèques consenties par un débiteur sur différents navires ; il s'agit uniquement de relever les inscriptions relatives à un navire expressément déterminé ; aussi la réquisition est-elle seule autorisée, et doit-elle être faite dans les formes prescrites par la décision du 6 janvier 1811 et la circulaire du 17 janvier 1811. En conséquence, elle doit être faite par écrit ; et dans le cas où le requérant ne sait pas écrire, le receveur doit transcrire en tête des certificats ou des états qu'il délivre la réquisition verbale, dans les termes où elle lui a été faite.

La responsabilité du receveur des douanes a été réglée conformément à l'art. 30 § 2 de la loi de 1874 par l'art. 37 de la loi de 1885 de la façon suivante : « La responsabilité de la régie des douanes du fait de ses agents ne s'applique pas aux attributions conférées aux receveurs par les dispositions qui précèdent. » Ainsi, lorsque les receveurs des

douanes commettront des fautes ou des erreurs dans l'exercice de leurs fonctions, l'Etat ne sera pas responsable. Cette disposition de notre loi a été vivement critiquée et avec raison, croyons-nous. On a dit que l'Etat voulant organiser le gage hypothécaire maritime et lui donner une extension rapide, aurait dû endosser la responsabilité des fautes commises par ses agents, afin d'inspirer aux tiers une sécurité absolue, au lieu de se borner à édicter des mesures dont le caractère, comme nous le verrons dans un instant, est passablement dérisoire. C'est en s'inspirant de ces idées que le rapporteur, M. Dupont, dans la séance du 27 juin 1874 avait déclaré formellement qu'il y avait lieu d'appliquer la loi des 6-22 août 1791 et de décider que l'Etat serait responsable. Dans le cours de la discussion, on attaqua cette théorie; certains députés prétendaient que si l'Etat doit être considéré comme responsable du fait de ses agents lorsqu'ils accomplissent un service public, il n'en saurait être de même lorsqu'ils agissent dans un intérêt privé, comme tel est le cas du receveur des douanes. Peu importe d'ailleurs qu'un certain droit soit touché par l'Etat; le caractère des actes accomplis n'est pas changé pour cela, et c'est uniquement dans ce sens que la loi de 1791 doit être interprétée et s'appliquer. On ajoutait que la situation des receveurs des douanes se trouverait ainsi semblable à celle des conservateurs des hypothèques en matière immobilière; ceux-ci également sont seuls responsables; la responsabilité de l'Administration n'est point engagée bien qu'un droit soit perçu par l'État. Ces objections furent prises en considération et l'Assemblée nationale, surtout probablement dans le but de diminuer les charges budgétaires, inscrivit le principe de la non-responsablilité de l'État dans l'art. 30, d'où il est passé dans l'art. 37 de la loi de 1885.

On ne songea pas plus en 1885, qu'en 1874, combien il

était peu logique de vouloir établir à cet égard une assimilation entre les conservateurs des hypothèques et les receveurs des douanes. En effet, la responsabilité de l'Etat une fois écartée, on dut, pour fournir aux tiers une garantie telle quelle, imposer aux receveurs un cautionnement spécial, en tant que conservateurs des hypothèques maritimes. C'est ce que décidait l'article 30 § 1 de la loi de 1874 que la nouvelle loi s'est bornée à reproduire dans son art. 37 § 1 et qui était ainsi conçu : « Le cautionnement spécial à imposer aux employés de l'administration des douanes à raison des actes auxquels donnera lieu l'exécution de la présente loi, sera fixé par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique ». En conséquence de cette disposition parut d'abord le décret du 23 avril 1875, puis celui du 26 juin 1886 qui fixent l'un et l'autre le taux du cautionnement supplémentaire au dixième du cautionnement général des receveurs. Telle est la garantie à laquelle nous faisions allusion plus haut en la traitant d'illusoire, ou tout au moins, de tout à fait insuffisante, étant donné que le cautionnement général des receveurs varie entre un minimum de 3,000 francs et un maximum de 110,000, ce qui donne pour limites extrêmes du cautionnement spécial les chiffres de 300 à 11,000 francs. Voilà la garantie que l'on offre alors qu'un seul navire vaut souvent plusieurs millions et peut être hypothéqué pour des sommes considérables. Et, d'autre part, peut-on considérer comme raisonnable l'assimilation que l'on prétendait faire des receveurs des douanes aux conservateurs des hypothèques, alors que le cautionnement de ces derniers, d'après l'art. 28 de la loi du 8 juin 1864, peut aller de 12,500 à 200,000 francs. Il faut bien remarquer que nous n'entendons pas insinuer par cette comparaison que le cautionnement des receveurs doive être

augmenté dans une proportion quelconque; nous n'oublions pas, en effet, que le décret des 31 octobre-14 novembre 1850 a fixé à 6,000 francs le traitement maximum de ces fonctionnaires, tandis que ce même chiffre constitue, à peu de chose près, le minimum de ce que peuvent gagner les conservateurs des hypothèques; il eût donc été impossible au gouvernement de trouver des agents pouvant disposer d'un fort capital et décidés, moyennant un émolument aussi faible, à assumer une responsabilité qui peut devenir très onéreuse. Tout ce que nous voulons démontrer ici, c'est que les intérêts des créanciers hypothécaires ne sont pas suffisamment sauvegardés; que l'on a commis une faute véritable en n'admettant pas la responsabilité de l'Etat qui, sans modifier d'une façon sensible la situation du receveur, permettait aux intéressés de n'avoir plus rien à redouter; et, qu'enfin, comme le dit M. Mallet (*op. cit.*, p. 65), du moment qu'on voulait venir en aide à la marine marchande en organisant un nouveau moyen de crédit, il ne fallait rien négliger pour atteindre ce but. Disons, en outre, qu'en déclarant l'Etat responsable, on aurait coupé court à cette remarque passablement désobligeante pour nos législateurs et qu'on trouve signalée par plusieurs auteurs que dans la loi de 1874, toutes les fois que les intérêts du fisc se sont trouvés en concours avec les intérêts généraux du commerce, on n'a pas hésité à sacrifier ces derniers pour donner raison au fisc.

D'après l'art. 6 du décret du 23 avril 1875, les tarifs qu'il fixait n'étaient qu'une sorte d'épreuve, et, après uue période de cinq années, on devait procéder à la révision du taux des cautionnements, des remises et des salaires. Or, cette révision n'a eu lieu que par le décret du 26 juin 1886 qui, comme nous l'avons vu, ne modifie rien en ce qui concerne le cautionnement. Le nouvel art. 6 porte égale-

ment que la révision devra être opérée au bout d'une periode de cinq ans.

La responsabilité des receveurs ne doit pas être, d'ailleurs, limitée à leur cautionnement. Ce n'est là qu'une garantie accessoire qui ne saurait avoir pour effet de priver les créanciers du bénéfice de leur action personnelle contre le receveur; et comme rien, dans la loi de 1874, ni dans celle de 1885, ni dans les deux décrets qui les ont suivies, ne détermine l'étendue de cette responsabilité, on doit bien la considérer comme illimitée. Remarquons, toutefois, que, même en posant ce principe, la garantie accordée aux intéressés ne sera pas en proportion du préjudice qui peut leur être causé, car la modicité de l'émolument attribué aux receveurs, comme nous le disions il n'y a qu'un instant, est cause que ces fonctions ne sont exercées, le plus souvent, que par des personnes ayant une fortune personnelle peu considérable.

Pour ce qui regarde la durée des actions en responsabilité dirigées contre les receveurs des douanes, elles sont soumises, pendant la durée de leurs fonctions, à la prescription trentenaire. Une fois que ces fonctions ont cessé, il résultait de l'art. 5 du décret du 23 avril 1875, que cette responsabilité ne durait que trois ans à partir du dernier jour de la gestion du comptable. D'après la loi du 21 ventôse an VII, au contraire, en matière immobilière, le conservateur des hypothèques qui a cessé ses fonctions demeure responsable pendant dix ans. Cette différence de situation entre ces deux classes de fonctionnaires se comprenait facilement sous le régime de la loi de 1874; elle correspondait, en effet, à là différence de durée des inscriptions hypothécaires dans l'une et l'autre législation. Mais la loi de 1885, modifiant sur ce point le système admis précédemment, et portant à dix ans le délai au bout duquel

les inscriptions devaient être renouvelées à peine de péremption, il était logique de mettre en harmonie le décret de 1875 avec les dispositions de la loi nouvelle et de fixer le même délai pour la prescription de l'action en responsabilité. L'anomalie que nous venons de signaler a existé cependant pendant près d'une année après la promulgation de la loi de 1885, jusqu'au moment où l'art. 5 du décret du 26 juin 1886 est venu décider que la libération du cautionnement supplémentaire ne pourra désormais être réclamée qu'après un délai de dix ans à partir du dernier jour de la gestion du comptable.

SECTION II

Formes de l'inscription.

En matière immobilière, les formes dans lesquelles il doit être procédé à l'inscription nous sont indiquées par les art. 2148 et 2150 du Code civil. Les dispositions qu'ils renferment sont reproduites presque littéralement dans les art .8 et 9 de nos lois, où l'on s'est borné à introduire les changements que rendait indispensables la nature particulières de l'hypothèque maritime.

Pour suivre un ordre méthodique, nous allons étudier ces articles en envisageant les règles qu'ils édictent, à trois points de vue différents ; nous verrons successivement qui peut requérir l'inscription, quelles sont les pièces qui doivent être présentées au receveur pour qu'il puisse l'opérer, et enfin, quelles sont les mentions que doit contenir l'inscription.

Aux termes de l'article 2148 du Code civil, dont la disposition à cet égard est évidemment applicable en notre matière, parce qu'elle constitue un principe de droit commun, l'inscription peut être requise soit par le créancier en

personne, soit par un tiers pour lui. Ce tiers peut-être soit un mandataire, agissant en vertu d'une procuration régulière, soit même un simple gérant d'affaires. C'est là, d'ailleurs, un point que reconnaît formellement la Circulaire du 28 avril 1875, qui continue à servir de règle administrative pour tout ce qui n'est pas contraire à la loi de 1885, et où on lit que le tiers qui requiert inscription pour le créancier, n'est nullement tenu de justifier d'une procuration. Remarquons en outre, que l'inscription constituant uniquement un acte conservatoire, il n'est pas nécessaire que le créancier ait la capacité de contracter.

Le requérant se présente donc devant le receveur compétent, et s'y présente seul. Lors de la discussion de la loi de 1874, on avait demandé d'écrire dans la loi, que le requérant devait être assisté d'un courtier maritime, chargé de garantir la sincérité de l'acte et des signatures, lorsque l'acte constitutif serait sous seing privé ; mais cette formalité fut repoussée comme devant compliquer l'inscription sans que la nécessité s'en imposât.

Passons aux pièces qui doivent être remises au receveur. Lorsqu'il s'agit d'un navire en construction, l'article 5 de notre loi, exige une formalité préliminaire : « L'hypothèque doit être précédée d'une déclaration faite au receveur principal du bureau des douanes dans la circonscription duquel le navire est en construction. — Cette déclaration indiquera la longueur de la quille du navire et approximativement ses autres dimensions, ainsi que son tonnage présumé. Elle mentionnera l'emplacement de la mise en chantier du navire. » Au moment de la discussion de cet article, on demanda d'ajouter à ces mentions celle du nom du navire; mais l'Assemblée nationale ne fut pas de cet avis. Nous ne saurions partager à cet égard les regrets de M. Bedarride, qui eût voulu que cette mention du nom

fut exigée ; car c'est avec beaucoup de raison que la Commission fit observer qu'il fallait mettre les dispositions de la loi nouvelle d'accord avec celles de la loi de l'an II, aux termes de laquelle le nom du navire n'est exigé qu'au moment de délivrer l'acte de francisation. Tant que le navire est sur le chantier, il n'a pas de nom, mais comme la loi de l'an II détermine rigoureusement les déclarations qui doivent être faites au moment de la mise en chantier, l'individualisation du navire est complète pour toute la période de sa construction, indépendamment de sa dénomination.

Donc, que le navire soit ou non francisé, le requérant doit remettre au bureau des douanes : 1° le titre constitutif de l'hypothèque ; 2° deux bordereaux contenant les diverses mentions exigées par l'art. 8 ainsi conçu : « Pour opérer l'inscription, il est présenté au bureau du receveur des douanes un des originaux du titre constitutif d'hypothèque, lequel y reste déposé s'il est sous seing privé ou reçu en brevet, ou une expédition s'il en reste minute. Il y est joint deux bordereaux signés par le réquérant, dont l'un peut être porté sur le titre présenté. Ils contiennent : 1° Les noms, prénoms et domicile du créancier et du débiteur, et leur profession, s'ils en ont une ; 2° La date et la nature du titre ; 3° le montant de la créance exprimée dans le titre ; 4° Les conventions relatives aux intérêts et au remboursement ; 5° Le nom et la désignation du navire hypothéqué, la date de l'acte de francisation ou de la déclaration de mise en construction ; 6° Élection de domicile par le créancier dans le lieu de la résidence du receveur des douanes. »

En ce qui concerne le titre tout d'abord, il résulte des termes mêmes de l'art. 8, que deux hypothèses doivent être distinguées ; celle où l'acte constitutif est sous seing

privé ou bien authentique, mais rédigé en brevet, c'est-à-dire dont le notaire n'a pas gardé minute, et celle au contraire où l'acte a été rédigé en minute. Dans le premier cas, le requérant présente au receveur l'original de l'acte ou l'un des doubles, s'il a été rédigé en deux originaux, lequel reste déposé au bureau des douanes; nous avons admis, en effet, malgré les termes de l'art. 8 que l'acte constitutif d'hypothèque pouvait être constitué sur simple original. Dans le cas où l'acte a été rédigé en minute, il suffit d'en présenter au receveur une expédition. On voit donc immédiatement se dégager la pensée du législateur; il a voulu que le titre constitutif de l'hypothèque, demeurât toujours dans un dépôt public, où les intéressés fussent certains de le retrouver en cas de besoin.

En droit civil, l'accomplissement de cette formalité n'est pas considéré comme une condition substantielle de la validité de l'inscription (Cass. 18 juin 1823. — 19 juin 1833. D., *Jur. gén. V° Priv. et hyp.*, n° 1452 2°.) Nous croyons que la même solution doit être étendue à notre matière. La présentation du titre a principalement pour but de sauvegarder la responsabilité du receveur, en l'éclairant sur l'existence apparente du droit hypothécaire; il pourra donc toujours se refuser à procéder à l'inscription, tant que le titre ne lui aura pas été présenté, mais nous croyons que s'il effectue l'inscription sous sa responsabilité personnelle en l'absence de cette formalité, le Tribunal ne devra pas prononcer par cela seul la nullité de l'inscription. Et ce qui confirme cette manière de voir, c'est que si on se reporte aux travaux préparatoires, on voit que l'Assemblée nationale en 1874 a refusé d'ajouter à la suite des prescriptions de l'art. 8, ainsi qu'on lui demandait de le faire, les mots à peine de nullité.

Indépendamment du titre, notre loi impose la produc-

tion de deux bordereaux signés du requérant, dont l'un peut être porté sur le titre présenté. Ces bordereaux doivent être rédigés par le requérant et sont encore exigés dans l'intérêt tout à la fois du receveur et du créancier; l'inscription devrait donc être considérée comme valable, si le receveur ne les exigeait pas et rédigeait seul l'inscription. Il y a lieu de remarquer que la formalité de la signature ne figure pas parmi les prescriptions du Code civil; aussi, proposa-t-on à l'Assemblée nationale de la supprimer comme étant inutile et de nature à entraver le fonctionnement de la loi; mais la Commission répondit qu'il y aurait là un supplément de garantie « nécessaire parce que l'acte sous seing privé ne présente pas certaines des garanties de l'acte authentique ». Cela semblait donc indiquer que la signature du requérant ne serait pas nécessaire quand l'acte constitutif serait dans la forme authentique; mais le législateur ayant maintenu les mots « signés par le requérant » sans établir aucune distinction, nous croyons qu'il faut décider que les bordereaux devront toujours être signés du requérant, que l'acte de constitution d'hypothèque soit authentique ou sous seing privé. (Mallet, *op. cit.*, p. 68. — Desjardins, *Droit maritime*, t. V, p. 413.) M. Bédarride (*op. cit.*, n° 145) critique l'exigence de cette signature. Il ne saurait voir là pour son compte un supplément de garantie, car si l'on avait craint un acte faux, l'auteur de ce faux n'hésiterait pas à le signer pour s'assurer le bénéfice de son crime, et cette formalité aura pour résultat d'empêcher le commerçant de faire rédiger les bordereaux par le receveur des douanes conformément à ce qui se passe en matière immobilière, ce qui eût été encore plus utile en matière commerciale.

Avant de jeter un coup d'œil rapide sur les diverses énonciations que doivent renfermer les bordereaux, une

question se pose tout d'abord dont l'examen se retrouve également sous l'art. 2148 du Code civil ; toutes ces énonciations sont-elles prescrites à peine de nullité; et dans le cas où l'on admet la négative, quelles sont celles dont l'absence suffit à vicier l'inscription. Le rapporteur de la loi de 1874, l'honorable M. Grivart, a déclaré qu'en empruntant à l'art. 2148 la plupart de ses dispositions, la Commission avait entendu leur laisser le caractère que la jurisprudence leur a assigné; or, la jurisprudence n'est pas encore absolument fixée à cet égard et l'on peut regretter, en conséquence, que le législateur de 1885, suivant ses prédécesseurs, n'ait pas encore tranché la question. Sans entrer dans l'examen des systèmes qui ont été proposés, ce qui appartient au droit civil plutôt qu'à notre matière, nous dirons d'un mot que, d'une part, d'après la Circulaire du Directeur général des douanes de 1875, toutes ces énonciations ont un caractère rigoureusement obligatoire et que, d'autre part, d'après la jurisprudence la plus récente, il y a lieu de distinguer entre les énonciations substantielles et les énonciations réglementaires ou accessoires n'entraînant pas la nullité de l'inscription. Ajoutons que, malgré quelques dissidences, l'accord tend de plus en plus à se faire sur la détermination des unes et des autres. (Aubry et Rau, 4me édition, t. III, p. 346. — Rennes, 27 janvier 1874, D., 75, 2, 13.)

Reprenons maintenant chacune des indications exigées par notre loi.

1° *Les noms, prénoms et domicile du créancier et du débiteur et leur profession s'ils en ont une.* — L'indication du créancier est surtout prescrite dans son propre intérêt, comme en matière civile ; par conséquent, les erreurs ou omissions qui pourraient survenir, ou même, ce qui est presque impossible, l'absence complète de cette énoncia-

tion ne suffiront pas pour permettre aux tiers avertis par l'inscription de l'existence de la créance, d'en demander la nullité.

La désignation du débiteur et par ce mot il faut entendre le débiteur hypothécaire, est généralement considérée comme substantielle en ce sens qu'il faut, mais il suffit qu'il soit nettement indiqué, que les désignations de l'inscription permettent de le reconnaître sans équivoque afin qu'on puisse savoir s'il avait qualité pour constituer l'hypothèque. (Chambéry, 22 mars 1872. — D., 74, 2, 106.)

2° *La date et la nature du titre.* — Il faut en effet, d'une part, que les tiers sachent si au moment où l'hypothèque est née elle pouvait légalement exister, et d'autre part si la créance est conditionnelle, éventuelle, si l'acte est sous seing privé, authentique ou à ordre. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le caractère à attribuer à cette indication. Pour la jurisprudence, l'omission absolue entraîne la nullité de l'inscription, mais l'indication de la date ou la nature du titre peut être remplacée par des équipollents. (Cass., 2 mars 1853. D., 53, 1, 112. — Cass., 1er mai 1860. D., 60, 1, 510.)

3° *Le montant de la créance exprimée dans le titre.* — Ici, de l'avis de tous, il s'agit bien d'une énonciation substantielle ; car, si on peut hypothéquer pour un capital inférieur à celui qu'exprime le titre, le créancier ne peut évidemment prendre inscription pour une somme supérieure au montant de sa créance. Quand il s'agit d'une créance conditionnelle ou éventuelle, le capital entier qui est susceptible de faire l'objet de la créance doit être mentionné sur le titre.

4° *Les conventions relatives aux intérêts et au remboursement.* — Il s'agit ici certainement des intérêts échus, les intérêts à échoir étant garantis par la loi elle-même

dans une certaine mesure. La loi de 1885 établissant que désormais l'intérêt conventionnel en matière de prêts hypothécaires sur navires est libre, il faudra nécessairement mentionner dans l'inscription le taux convenu.

L'art. 2118 prescrit également de mentionner les frais compris avec les intérêts sous l'expression générale « montant des accessoires » ; rien d'analogue ne se trouvant dans la loi de 1885, il faut en conclure que ces frais ne seront pas de plein droit garantis par l'hypothèque. (Desjardins, *op. cit.*, p. 415.)

L'époque de l'exigibilité est sans aucun doute une formalité substantielle ; s'il n'y a pas de date précise, il suffit d'indiquer l'acte ou le fait qui doit déterminer l'exigibilité. (Cass., 27 mars 1872. D., 72, 1, 426. – Cass., 1er mai 1876. D., 76, 1, 481.)

5° *Le nom et la désignation du navire hypothéqué, la date de la francisation ou de la déclaration de mise en construction.* — Il s'agit ici de ce que les auteurs ont nommé la spécialité du gage hypotécaire. Si l'inscription porte sur un navire non francisé, il faudra la date de la déclaration de mise en construction prescrite par l'art. 5 et dont nous avons déjà parlé. Si le navire est francisé, il faut indiquer d'abord son nom, puis sa désignation, car plusieurs navires peuvent porter le même nom, et enfin la date de la francisation. Mais ces diverses énonciations ne sont pas toutes substantielles ; il suffit que le navire soit clairement désigné de façon à rendre toute erreur impossible. (Cass., 4 mars 1873. D., 73, 1, 247.) En outre, d'après les décrets de 1875 et de 1886, chaque bordereau d'inscription ne doit s'appliquer qu'à un seul navire.

6° *Élection de domicile par le créancier dans le lieu de la résidence du receveur des douanes.* — Cette formalité a pour but de simplifier la procédure et de diminuer les frais

à faire pour les significations et notifications à adresser aux créanciers inscrits. La jurisprudence la plus récente voit dans l'élection de domicile une formalité substantielle en matière ordinaire. (Cass., 28 mars 1882. D., 83, 1, 125.) La même solution s'impose en notre matière.

Bien que l'art. 8 n'en parle pas, nous déclarerons également applicable la disposition de l'art. 2148 relative aux droits éventuels, conditionnels ou indéterminés dont l'évaluation doit être faite par l'inscrivant.

L'art 9 de notre loi nous indique en ces termes comment il est procédé à l'inscription : « Le receveur des douanes fait mention sur son registre du contenu aux bordereaux et remet au requérant l'expédition du titre s'il est authentique et l'un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription. »

Le receveur doit d'abord faire mention sur son registre du contenu aux bordereaux. A cet égard, la circulaire du 28 avril 1875 décide que deux registres sont nécessaires pour l'hypothèque maritime : le registre des inscriptions et le registre de recette et de dépôt, qui doivent, avant d'être mis en usage, être cotés et paraphés par le juge de paix, conformément à la loi du 22 août 1791. Nous renvoyons à la circulaire pour les détails qu'elle fournit au sujet del a tenue des registres.

Dans la mention qu'il doit faire des bordereaux, la circulaire, conformément à ce qui était admis pour l'art. 2150 du Code civil que notre art. 9 se borne à reproduire, reconnaît que le receveur est simplement un agent passif qui doit se borner à transcrire fidèlement le contenu des bordereaux. Il n'a donc point à s'inquiéter de la question de savoir si ces énonciations sont insuffisantes ou inexactes et sa responsabilité n'est engagée qu'autant qu'il n'aura pas reproduit exactement les indications des bordereaux.

Toutefois la circulaire invite les receveurs à avertir les intéressés des irrégularités dont ils pourront s'apercevoir.

Dans le cas où l'inscription serait nulle, le créancier pourra réparer cette nullité en prenant une inscription nouvelle, mais il ne prendra rang qu'à la date de cette dernière. Il faut admettre également que si la nullité provient du fait du receveur qui aura mal copié le bordereau, il pourra par analogie de ce que décide l'avis du Conseil d'Etat des 11-19 décembre 1810 pour le conservateur des hypothèques, prendre une inscription d'office mais qui n'aura également effet que pour l'avenir, car il faut respecter les droits acquis aux tiers.

L'inscription une fois faite, le receveur doit remettre au requérant un des bordereaux au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription ; il certifie par là même avoir fait l'inscription et l'avoir faite conformément au bordereau ; donc sa responsabilité se trouve doublement engagée. D'après la loi de 1874, le receveur devait reproduire le certificat sur le contrat d'hypothèque en brevet ou sous seing privé ou sur l'expédition de l'acte authentique qui lui avait été présentée. La loi de 1885 a supprimé cette formalité.

Le receveur, en dehors du bordereau, ne remet au requérant que l'expédition de l'acte rédigé sur minute et conserve le titre sous seing privé ou en brevet comme nous l'avons vu. Le receveur qui remettrait le titre dans ce dernier cas engagerait sa responsabilité, mais l'inscription demeurerait valable. On a critiqué cette nécessité du dépôt du titre, en disant que le créancier, après l'inscription, va se trouver sans titre (de Valroger, t. III, n° 1215); mais ces critiques sont exagérées, car le bordereau certifié pourra lui en tenir lieu.

Une troisième mention de l'inscription devait être faite

sous l'empire de la loi de 1874 sur l'acte de francisation. Cette formalité fut l'objet de vives critiques de la part de M. Billette (*Projet de revis.*, p. 24 et suiv.) et de M. Le Cesne dans son projet de loi. S'appuyant l'un et l'autre sur ce que l'hypothèque en cours de voyage ne serait jamais réalisée, ils ne voyaient aucune nécessité d'exiger cette formalité qui pourrait nuire, au contraire, aux intérêts de la marine. Dans son rapport du 7 avril 1881, M. Durand renouvela ces considérations dont la réfutation avait été tentée par M. Mallet (*op. cit.*, p. 71). Il fit remarquer que la publicité serait suffisamment assurée par la possibilité de se procurer des états hypothécaires, comme cela se passe en matière immobilière; que cette formalité avait été introduite principalement en vue de l'hypothèque éventuelle, et que le projet supprimant celle-ci, elle devenait inutile; que, de plus, elle pourrait présenter de graves dangers lorsqu'il s'agira de renouveler l'inscription sur un navire en cours de voyage. Le législateur de 1885 a tenu compte de ces observations et a supprimé, en conséquence, la nécessité de mentionner l'inscription au dos de l'acte de francisation.

En ce qui concerne les modifications qu'il y aurait lieu de faire subir pendant la durée de l'hypothèque aux énonciations contenues dans le registre, par exemple, si le titulaire du droit ou le domicile vient à changer, on ne peut que se référer au droit commun. Nous remarquerons seulement que la mention sur l'acte de francisation n'étant plus exigée, il n'y aurait aujourd'hui aucun motif pour prétendre que la déclaration doit n'avoir lieu qu'au moment où le navire se trouve dans un des ports de la principalité où il est immatriculé, ainsi que le déclarait la Circulaire du 28 avril 1875.

A partir de quelle époque et jusqu'à quel moment l'ins-

cription peut-elle être prise? Elle peut être requise immédiatement après que l'hypothèque est constituée; et elle peut l'être tant que le constituant demeure propriétaire, aux yeux du créancier, de l'objet hypothéqué. Quant au moment où s'opérera la translation de propriété, nous croyons qu'il y a lieu de faire la distinction suivante : s'il s'agit d'un navire non francisé, on devra l'assimiler à un meuble ordinaire et décider, par suite, que la propriété se trouve transférée *erga omnes* en vertu de la convention uniquement, sans aucune autre formalité ; si, au contraire, le navire est déjà francisé, nous admettrons avec la jurisprudence que le transfert de propriété s'opère à partir de la transcription en douane prescrite par la loi du 27 vendémiaire an II.

SECTION III

Effets de l'inscription.

L'inscription a pour but de porter l'hypothèque à la connaissance des tiers ; tant qu'elle ne s'est pas ainsi révélée, elle n'existe pas à leur égard ; en outre, elle a pour effet de déterminer le rang des diverses hypothèques qui peuvent grever le navire, rang qui est fixé par l'ordre de priorité des dates des différentes inscriptions. Cette disposition que l'art. 2134 du Code civil édicte en matière immobilière, a été consacrée pour l'hypothèque maritime par l'art. 10 de notre loi dans les termes suivants : « S'il y a deux ou plusieurs hypothèques sur le même navire ou sur la même part de propriété du navire, le rang est déterminé par l'ordre de priorité des dates de l'inscription. — Les hypothèques inscrites le même jour viennent en concurrence, nonobstant la différence des heures de l'inscription ».

La disposition finale de notre article a été assez vivement attaquée. Dans le projet de révision de 1866, où elle figurait, elle avait été l'objet d'une longue discussion de la part des Chambres de commerce, dont plusieurs avaient demandé qu'on suivît les règles admises dans la législation anglaise, et que, pour déterminer le rang des hypothèques, on tînt compte de l'heure de l'inscription. Au moment de la discussion de la loi de 1874, la question fut de nouveau posée. On faisait remarquer, dans le sens sus indiqué, que l'innovation se trouvait autorisée par ce qui se passe en matière d'assurances maritimes. Aux termes de l'art. 332 du Code de commerce, on doit mentionner dans la police d'assurance, si elle a été faite avant ou après midi; et il résulte de l'art. 359 du même Code, que cette mention a uniquement pour but de déterminer, dans le cas d'assurances multiples sur un même navire, le rang qu'elles doivent occuper entre elles. Néanmoins, le législateur repoussa ce principe, demeurant surtout frappé des motifs qui ont inspiré la rédaction de l'art. 2147 du Code civil. On a fait valoir, en ce sens, deux sortes d'arguments. On a dit d'abord que l'heure de la requête était assez difficile à constater et qu'il était à craindre que, par une préférence coupable, le receveur des douanes ne vînt intervertir l'ordre des inscriptions et favoriser par là certains créanciers aux dépens des autres. Mais ce danger n'aurait-il pas pu être évité? Plusieurs auteurs le croient et ont fait observer avec raison que, pour le faire disparaître, il eût suffi d'exiger que le receveur mentionnât l'heure exacte de la réquisition sur le bordereau qu'il est tenu de remettre à l'inscrivant. Sans doute, il aurait pu encore intervertir l'ordre des inscriptions en les reportant sur son registre; mais si, outre sa responsabilité personnelle, on avait prononcé des peines sévères contre cette fraude, le rece-

veur, sachant que la preuve en aurait été ainsi fournie par lui-même, ne se serait jamais laissé aller à la commettre (Morel, *op. cit.*, p. 97. — Mallet, *op. cit.*, p. 75). On a dit encore que, si l'on consacrait le principe de l'heure, le droit de préférence deviendra le prix de la course, puisque de deux créanciers ayant prêté le même jour, celui-là sera préféré qui aura fait inscrire son hypothèque le premier. Eh bien! soit; mais quels inconvénients pourront en résulter? Comme le disait, en 1873, la « Société pour le développement du commerce et de l'industrie de Marseille », si la loi doit donner des garanties au prêteur, elle n'est point tenue de réparer les fautes que la négligence personnelle pourra faire commettre.

On peut donc regretter que le législateur n'ait pas tenu compte des observations qui lui étaient présentées; d'autant mieux, qu'étant donnée la célérité des opérations commerciales, l'heure peut avoir une grande importance et qu'il est utile de pouvoir distinguer entre les divers arrangements qui ont pu être convenus un même jour. Aussi, la loi actuelle présente-t-elle à cette égard des inconvénients pratiques qu'il est difficile de nier et dont le plus important avait été signalé en 1873, par la Société dont il est question plus haut, dans des termes que nous tenons à rappeler pour en terminer sur ce point. Il peut arriver, disait-elle en substance, qu'un emprunteur besoigneux consente le matin une hypothèque sur un navire et que, quelques heures après, il contracte pour une somme importante un nouvel emprunt, soit fictif, soit réel. S'il est fictif, les créanciers venant au même rang, en vertu de l'art. 10, le premier créancier éprouvera une perte considérable; s'il est réel, les deux créanciers pourront éprouver un préjudice sans que leur négligence soit nécessairement mise en cause.

Nous avons vu (art. 8) que les intérêts échus doivent être mentionnés dans l'inscription. En ce qui concerne les intérêts à échoir, la loi les garantit également dans une certaine mesure déterminée par l'art. 13 : « L'inscription garantit au même rang que le capital deux années d'intérêts en sus de l'année courante. » Cet article, reproduisant purement et simplement la disposition de l'art. 2151 du Code civil, fait naître les mêmes difficultés, difficultés, disons-le en passant, qu'il eût cependant été bien facile au législateur de trancher souverainement. Sans entrer dans le détail des controverses que suscite la détermination des deux années d'intérêts garanties par la loi et de l'année courante, dont l'examen appartient au commentaire de l'art. 2151, nous nous bornerons à rappeler les solutions généralement adoptées. La jurisprudence admet aujourd'hui que les deux années en question sont deux années quelconques postérieures à l'inscription, au choix du créancier; quant à l'année courante, son point de départ est fixé à la dernière échéance annuelle; le point d'arrêt, d'après la Cour de Cassation, serait la date même de l'adjudication, s'il y a eu adjudication (Cass., 7 avril 1880, D., 80, 1, 241); et s'il y a eu vente volontaire, le moment où les notifications prescrites par l'art. 18 seront accomplies, car c'est à ce moment que l'acquéreur prend la place du débiteur et le libère de ses obligations (Cass., 15 mars 1876, D., 78, 1, 64).

Ajoutons à cela que le créancier pourra toujours en notre matière prendre des inscriptions spéciales pour les arrérages qui n'auront pas été conservés par l'inscription, conformément à la règle déposée dans l'art. 2151 *in fine*.

L'art. 25, § 2, de la loi de 1874 décidait que l'inscription vaut opposition au profit du créancier inscrit en cas de distribution du prix du navire hypothéqué, et l'art. 17

étendait la même règle au paiement de l'indemnité d'assurance. Il y avait là une double dérogation au droit commun que la loi de 1885 a fait disparaître.

Nous venons de voir dans quelle mesure les intérêts sont garantis par l'inscription d'après notre art. 13. Quel est le taux de ces intérêts? La loi de 1874 n'avait pas voulu modifier les règles posées par le droit civil et, par suite, le taux de l'intérêt commercial se trouvait limité à 6 %. En 1876, M. Le Cesne proposait de tenir compte de l'aléa qui serait toujours la dominante du prêt sur hypothèque maritime, suivant ses propres expressions, et de graduer l'altitude du taux en raison des risques courus par le prêteur; ce qui, d'après lui, serait le meilleur moyen d'attirer les capitaux vers le nouveau mode de crédit; en conséquence, il proposait de porter ce taux à 7,5 %. Dans un autre projet soumis à la Chambre le 25 janvier 1881, on proposait le chiffre de 7 %. La Commission reconnut qu'il était impossible d'imposer aux capitaux une règle uniforme, surtout en présence du prêt à la grosse, sans s'exposer à les détourner des entreprises maritimes, et le résultat de cette considération fut l'insertion dans le projet d'un article devenu l'art. 38 de la nouvelle loi, aux termes duquel : « L'intérêt conven- » tionnel en matière de prêts hypothécaires sur navires est » libre. L'intérêt légal est de 6 % comme en matière com- » merciale ». Ce n'était là, d'ailleurs, que l'application sur un point particulier de la tendance générale à admettre la liberté de l'intérêt conventionnel en matière commerciale que la loi du 12 janvier 1886 est venue consacrer. Ajoutons encore que la liberté du taux de l'intérêt en notre matière était déjà admise par les législations anglaise, italienne, allemande et autrichienne.

L'art. 12 de notre loi renferme une exception importante aux règles ordinaires de la publicité, car il permet, au

moyen d'une seule inscription prise par le créancier originaire, de conserver les droits des créanciers successifs. Cette considération nous paraît suffisante pour nous justifier d'en rattacher l'examen au point que nous traitons. Cet article est ainsi conçu : « Si le titre constitutif de l'hypo» thèque est à ordre, sa négociation par voie d'endosse» ment, emporte la translation du droit hypothécaire ».

Déjà, en matière civile, la jurisprudence avait admis, par application de l'art. 1692 du Code civil, qu'une hypothèque peut être attachée à un billet à ordre ou à une obligation au porteur dont la cession entraînait translation du droit hypothécaire. (D., 72, 1, 319. — 82, 1, 106.) L'art. 12 va encore plus loin; il admet que l'hypothèque elle-même peut être constituée à ordre quelle que soit la nature du titre dont elle est l'accessoire.

Lors de la discussion de la loi de 1874, cette disposition ne fut pas votée sans difficulté. On en avait même demandé la suppression en se basant sur les difficultés qu'elle ferait naître en cas de purge. Elle fut consacrée cependant, car on fit valoir que l'inscription est toujours nécessaire; elle mentionnera que le titre est à ordre, et les notifications seront valablement adressées au créancier qui le premier aura bénéficié de l'acte, le seul désigné par l'inscription, tant que le porteur ne se sera pas fait connaître par une mention en marge de l'inscription.

Sur quel titre se fera l'endossement? Évidemment sur le titre que le créancier possède toujours et qui certifie que l'inscription a eu lieu; sur le bordereau visé par le receveur. La loi ne s'en est pas expliquée, il est vrai; mais du moment que l'endossement est permis, il faut bien qu'il puisse s'effectuer, et l'on ne conçoit pas d'autre manière de le réaliser avec sécurité.

Mais l'hypothèque maritime pourrait-elle être constituée

au porteur? Elle peut évidemment être attachée à une obligation au porteur dont la cession entraînera celle de l'hypothèque elle-même. Mais là n'est pas la question. Il s'agit de savoir si le titre constitutif lui-même peut être au porteur. Or ici nous croyons, avec M. de Valroger (t. III, n° 1236), que la négative s'impose. Non seulement la loi ne l'autorise pas, mais elle impose la mention du nom du créancier dans l'inscription, et l'inscription seule permet de réaliser l'hypothèque.

En Angleterre, l'endossement est possible pour transférer le mort-gage, mais l'art. 73 du *Merchant-Shipping act* exige, pour chaque transfert, que le cessionnaire fasse enregistrer son nom pour que la translation soit opposable aux tiers.

Le législateur hollandais ne reconnaît que des hypothèques nominatives.

En Allemagne, au contraire, l'endossement est possible; il se fait dans la forme des warrants.

La loi belge du 21 août 1879 reproduit purement et simplement notre art. 12.

Enfin le Code italien de 1882 décide que l'acte constitutif du gage peut être à ordre et, qu'en pareil cas, l'endossement emporte translation de la créance et de tous les droits accessoires.

SECTION IV

De la péremption et de la radiation des inscriptions.

Il semble, au premier abord, qu'une inscription devrait toujours conserver ses effets jusqu'au jour de la radiation, et que les parties ne devraient jamais être obligées à un renouvellement qui entraîne de nouveaux frais d'inscrip-

tion, et qui peut être la source de déchéances. Si ces considérations paraissent suffisantes au point de vue théorique, elles tombent complètement devant les exigences de la pratique. Il y aurait, en effet, une véritable impossibilité pour le fonctionnaire chargé de procéder à l'inscription d'une façon générale, soit conservateur, soit receveur de douanes, à se reconnaître dans la masse des registres qu'il devrait consulter toutes les fois qu'un certificat d'inscription lui serait demandé. En dehors des erreurs fréquentes qui seraient la conséquence inévitable d'une telle recherche, elle demanderait, à notre point de vue spécial, des délais qui seraient incompatibles avec la rapidité inséparable des opérations commerciales; aussi ne peut-on qu'approuver le législateur de 1874 d'avoir fixé, après le législateur du Code civil, une limite à partir de laquelle l'inscription non renouvelée cesserait de produire ses effets; et parmi les auteurs qui ont traité la matière, nous ne voyons guère que M. Bédarride *(op. cit.*, n° 192) qui eût voulu que l'inscription subsistât sans renouvellement jusqu'à la radiation.

Mais, si l'on est ainsi à peu près universellement d'accord pour admettre la nécessité de la péremption, la détermination du délai de cette péremption a soulevé, en 1874 et en 1885, des difficultés. La Commission de l'Assemble nationale, reproduisant la disposition du projet de 1867, voulait que l'inscription ne conservât l'hypothèque que pendant trois ans, les prêts sur les navires, à raison de la nature périssable du gage, devant toujours être faits à court terme. Pendant la discussion ce délai fut critiqué; on proposa le délai de cinq ans déjà posé dans le premier projet de 1866; on fit valoir en ce sens que, en dehors des prêts faits pendant la construction du navire qui peuvent être à long terme, certains navires sont souvent éloignés plus de trois ans de

leur port d'attache et qu'il est, dans bien des cas, impossible de mentionner le renouvellement sur l'acte de francisation. Ces objections ne parurent pas suffisantes, et l'art. 11 de la loi de 1874 décida que l'inscription conserverait l'hypothèque pendant trois ans à partir du jour de sa date. L'adoption de ce terme fut vivement critiquée (Lyon-Caen, *Gazette des Tribunaux*, 1er et 2 avril 1875), et M. Le Cesne proposa, dans son projet déjà cité, de dispenser l'inscription du renouvellement. La Chambre des Députés admit d'abord le terme de cinq ans, mais, sur la proposition de la Commission sénatoriale qui l'étendait à dix ans, l'art. 11 reçut cette rédaction définitive : « L'inscription conserve l'hypothèque pendant dix ans à compter du jour de sa date; son effet cesse si l'inscription n'a pas été renouvelée avant l'expiration de ce délai sur le registre tenu en douane. »

Le nouveau délai offre l'avantage d'être de même durée que celui établi en matière immobilière, et d'éviter ainsi aux intéressés des confusions préjudiciables. En outre, des expressions mêmes employées par la loi, il semble bien résulter que le jour de l'inscription ne compte pas dans le délai, conformément au droit commun; on y comprend, au contraire, le jour *ad quem*. C'est également le droit commun qui déterminera jusqu'à quelle époque le renouvellement de l'inscription sera nécessaire; disons d'un mot que ce renouvellement devra être fait jusqu'au moment où la mutation en douane se sera opérée, s'il s'agit d'une vente judiciaire, et jusqu'au jour des notifications prescrites par l'art. 18, s'il s'agit d'une vente volontaire. Une question peut surgir ici en ce qui concerne l'application de la loi de 1885, aux inscriptions faites avant cette loi, et non encore périmées au moment de sa promulgation ; doit-on admettre l'ancien délai de trois ans ou le

nouveau de dix ans? Il faut décider que le délai de dix ans doit être accordé pour le renouvellement de ces inscriptions, car on ne peut invoquer ici l'art. 2281 du Code civil, qui constitue une dérogation au droit commun (Dalloz, *Jurisp. gén.*, *V° Prescriptian civile* n° 1112). C'est qu'en effet, l'idée que les parties ont pu se faire de la durée d'une action, constitue une simple expectative, et non un droit acquis.

Le renouvellement des inscriptions est assujetti aux mêmes formes que l'inscription elle-même. Il est requis par le dépôt d'un bordereau en double expédition, contenant les indications prescrites par l'art. 8, et doit mentionner expressément qu'il a pour objet le renouvellement de l'inscription originaire, sans quoi, le créancier ne prendra rang qu'à partir du renouvellement (V. Circ. du 28 avril 1875.) Toutefois, on admet que si plusieurs renouvellements successifs ont été opérés, il suffit que chaque inscription se réfère aux mentions contenues dans la précédente, et qu'en pareil cas, le receveur ne peut pas se refuser à inscrire l'hypothèque, sous prétexte que l'acte constitutif d'hypothèque ne lui est pas produit. (Cass., 6 juillet 1881, D., 82, 1, 348.)

Remarquons enfin que l'inscription ne devant plus être mentionnée sur l'acte de francisation, le renouvellement ne devra pas non plus y être indiqué.

Passons à la radiation des inscriptions. Elle consiste dans une annotation faite en marge de l'article où figure l'inscription, et en supprime les effets lorsqu'elle est devenue inutile. Les art. 14 et 15 de la loi du 10 juillet 1885, déterminent les formalités à suivre à cet égard. Art. 14 : « Les inscriptions sont rayées soit du consentement des parties intéressées, ayant capacité à cet effet, soit en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose

jugée. » Art. 15 : « A défaut de jugement, la radiation totale ou partielle de l'inscription ne peut être opérée par le receveur des douanes, que sur le dépôt d'un acte authentique de consentement à la radiation, donné par le créancier ou son cessionnaire justifiant de ses droits. — Dans le cas où l'acte constitutif de l'hypothèque est sous seing privé, ou si étant authentique il a été reçu en brevet, il est communiqué au receveur des douanes qui y mentionne séance tenante, la radiation totale ou partielle. »

L'art. 14 de notre loi reproduit la disposition de l'article 2157 du Code civil. La radiation est un acte excessivement grave, dont les conséquences peuvent être extrêmement nuisibles aux droits des créanciers, puisqu'alors même qu'elle serait frauduleusement accomplie, elle fait disparaître le droit hypothécaire. Aussi le législateur interdit-il au receveur de procéder d'office, en aucun cas, à cette radiation ; elle ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement ou du consentement du créancier.

Il faut donc distinguer deux hypothèses, suivant que la radiation est forcée ou judiciaire, ou bien, au contraire, volontaire. La radiation judiciaire devra être prononcée dans tous les cas déterminés par l'art. 2160 du Code civil, et peut être requise par tout intéressé. Comme en matière civile, dans le cas où, malgré les termes de notre article 14 *in fine*, un tribunal ordonnerait une radiation nonobstant appel, le receveur des douanes devrait l'effectuer, et sa responsabilité serait couverte par le jugement contre lequel les intéressés pourraient d'ailleurs se pourvoir.

La radiation volontaire, à la différence de l'inscription qui, nous l'avons vu, peut être requise par un tiers même sans mandat, ne peut être faite qu'avec le consentement du créancier capable lui-même de consentir, c'est-à-dire pouvant disposer librement de la créance pour sûreté de

laquelle l'hypothèque est inscrite, et ce consentement doit être donné par acte authentique. Le rapporteur justifiait cette exigence d'un acte authentique pour la radiation alors qu'un acte sous seing privé suffit pour la constitution de l'hypothèque par deux motifs; d'abord par la différence des conséquences entre une inscription opérée sans droit qui peut toujours être annulée, et une radiation dont les effets sont définitifs alors même qu'elle serait le résultat d'une fraude, car on ne peut porter atteinte aux droits acquis aux tiers entre la radiation et le rétablissement de l'inscription, et en second lieu parce que, disait-il, s'il y a quelquefois une extrême urgence à constituer une hypothèque, les parties auront toujours le temps, pour la radiation, de s'adresser à un officier public. La première considération qu'il faisait valoir suffit à elle seule pour justifier la mesure édictée par notre loi, mais il faut bien reconnaître que la dernière n'est pas absolument exacte. Sans chercher longuement, il est possible de trouver des hypothèses où une radiation aura le même caractère d'urgence qu'une constitution; tel sera le cas, par exemple, où un débiteur se verra contraint de dégrever un de ses navires pour en hypothéquer un autre, ou de désintéresser un de ses créanciers hypothécaires pour constituer une hypothèque au profit d'un autre; les deux opérations seront évidemment aussi urgentes l'une que l'autre.

Tout ce que nous venons de dire s'applique aussi bien aux radiations partielles et aux réductions d'inscriptions qu'à l'inscription totale. Quant à la disposition finale de l'art. 15 qui prescrit la communication au receveur de l'acte constitutif d'hypothèque s'il est sous seing privé ou reçu en brevet, elle ne se comprend qu'en supposant chez le législateur une inadvertance, l'oubli des prescriptions renfermées dans l'art. 8; on ne saurait l'expliquer autrement.

Enfin nous avons vu que d'après la loi de 1885 l'inscription ne doit pas être mentionnée sur l'acte de francisation. Il doit forcément en être de même de la radiation; aussi notre art. 15 n'en parle-t-il pas.

Avant d'abandonner la matière des inscriptions, nous y rattacherons la disposition de l'art. 7 qui règle de la façon suivante le transfert des inscriptions : « Tout propriétaire d'un navire construit en France qui demande à le faire admettre à la francisation, est tenu de joindre aux pièces requises à cet effet un état des inscriptions prises sur le navire en construction ou un certificat qu'il n'en existe aucune. — Les inscriptions non rayées sont reportées d'office à leurs dates respectives par le receveur des douanes sur le registre du lieu de francisation si celui-ci est autre que celui de la construction. — Si le navire change de port d'immatricule, les inscriptions non rayées sont pareillement reportées d'office par le receveur des douanes du nouveau port où il est immatriculé, sur son registre et avec mention de leurs dates respectives. » Sur cet article, nous nous bornerons à faire observer que, d'après le système général de la loi de 1874, les inscriptions étaient reportées non seulement sur le registre du nouveau receveur compétent, mais aussi sur l'acte de francisation, formalité qui est devènue inutile sous le régime de la loi de 1885. Nous rappellerons encore que la nouvelle loi a astreint les consuls français au cas d'un navire acheté à l'étranger à inscrire sur le congé provisoire de navigation, qu'ils ont le droit de délivrer, les hypothèques constituées sur ce navire; les inscriptions sont ensuite reportées sur le registre du receveur des douanes du lieu où le navire est immatriculé. Nous renvoyons pour les détails du transfert à la Circulaire du 28 avril 1875. (V. aussi de Valroger, t. III, n° 1191.)

CHAPITRE III

Effets de l'hypothèque.

En se plaçant à un point de vue général, on peut dire que les effets de l'hypothèque maritime sont les mêmes que ceux des hypothèques terrestres. Toutefois la nature toute spéciale du gage imposait certaines modifications dont les lois de 1874 et 1885 ont dû tenir compte, au point de vue de la réalisation de ces effets ; nous aurons à signaler, d'ailleurs, dans ce chapitre, plusieurs innovations apportées par la dernière de ces lois. A la suite de tous les auteurs qui ont traité la matière, nous distinguerons deux hypothèses différentes et nous aurons à étudier les effets de l'hypothèque d'abord dans le cas où le navire a péri ou a été déclaré innavigable, et ensuite dans le cas, au contraire, où il a échappé à tous les périls de la navigation.

SECTION I

Le navire a péri ou a été déclaré innavigable.

En dehors de la dépréciation de valeur que sa nature l'expose à subir sous l'influence des années, le navire est encore soumis à tous les risques de la navigation, qui peuvent, dans l'espace d'un instant, soit lui causer des détériorations considérables, soit même l'anéantir complètement. Aussi, le propriétaire du navire a-t-il ordinairement recours à l'assurance, qui lui permet d'obtenir l'équivalent de la dépréciation dont le navire a eu à

souffrir, ou même d'en retrouver la valeur entière, si le navire a complètement disparu. Il était donc bon, disons même indispensable, à l'avenir de l'hypothèque maritime, que le créancier pût être assuré contre les fortunes de mer, soit en assurant lui-même le navire, soit en se faisant subroger à tous les droits de son débiteur sur l'indemnité d'assurance. Mais, en ce qui concerne ce dernier moyen, la question qui se posait était délicate et a été tranchée d'une façon opposée par le législateur de 1874 et celui de 1885 ; on peut, en effet, se demander si, pour garantir de la façon la plus complète possible le créancier, cette subrogation devait être établie et réglée par la loi en vertu des seules dispositions de laquelle elle aurait lieu de plein droit, ou bien, au contraire, si elle devait être abandonnée à la libre convention des parties. Le législateur de 1874, s'inspirant de ce qui se passe en matière immobilière où, dans tous les contrats notariés, la clause par laquelle le prêteur est subrogé à l'emprunteur jusqu'à concurrence du montant de sa créance, pour toutes les indemnités d'assurances que ce dernier pourrait avoir à toucher à l'occasion de l'immeuble hypothéqué, est devenue de style, consacrait le principe de la subrogation légale dans l'art. 17, ainsi conçu : « En cas de perte ou d'innavigabilité du navire, les droits des créanciers s'exercent sur les choses sauvées ou sur leurs produits, alors même que les créances ne seraient pas encore échues. Ils s'exercent également dans l'ordre des inscriptions, sur le produit des assurances qui auraient été faites par l'emprunteur sur le navire hypothéqué. Dans le cas prévu par le présent article, l'inscription de l'hypothèque vaut opposition au payement de l'indemnité d'assurance. Les créanciers inscrits ou leurs cessionnaires peuvent, de leur côté, faire assurer le navire pour la garantie de leurs créances. Les assureurs avec lesquels

ils ont contracté l'assurance sont, lors du remboursement, subrogés à leurs droits contre le débiteur. »

Cette disposition de la loi de 1874 fut une des plus critiquées ; elle contribua dans une large mesure à l'opposition acharnée faite à l'application de la loi nouvelle par les assureurs, opposition que nous avons signalée au début de cette étude avec assez de détails pour n'avoir plus à y revenir. Ce qui ressort de ces critiques, c'est que, ainsi que le disait M. Barne dans son rapport au Sénat, le législateur avait exagéré la faveur due aux prêts hypothécaires en voulant trop augmenter le crédit de l'emprunteur et qu'ainsi le but avait été dépassé sans être atteint. Cependant dans le projet voté le 7 juin 1881, la Chambre des Députés s'était bornée à modifier l'art. 17 tout en en conservant le principe ; mais le projet présenté l'année suivante et qui, voté le 7 février 1882, est devenu la loi actuellement en vigueur, avait complètement supprimé la disposition de l'art. 17 qui ne devait plus reparaître. Aujourd'hui, on ne peut guère citer comme exemple de subrogation légale au bénéfice de l'assurance dans une matière analogue à la nôtre, que celui résultant de la loi du 28 mai 1858 qui déclare que les porteurs de récépissés et de warrants auront sur les indemnités d'assurances les mêmes droits que sur la marchandise assurée.

Les différents auteurs qui ont écrit sur la loi de 1885 s'accordent généralement à approuver le législateur de n'avoir pas laissé subsister dans la loi nouvelle, une disposition jugée dangereuse et de nature à entraver le développement de l'hypothèque maritime. Nous devons signaler cependant un article récent de M. Laurin, publié dans la *Revue internat. de droit maritime.* (3me année, n°s III-IV, p. 23), dans lequel l'honorable professeur manifeste des regrets non équivoques de l'abrogation de l'art. 17 qui,

pour lui, n'était que l'application du droit commun renfermé dans l'art. 1303 du Code civil, alors que le caractère exceptionnel qu'on lui attribuait à tort a certainement été pour beaucoup dans sa suppression. Reprenant point par point les arguments présentés par M. Barne dans son rapport au Sénat et les discutant, il s'efforce de démontrer qu'ils sont loin d'être concluants, et se refuse à reconnaître le mérite de l'innovation introduite en 1885 jusqu'au jour où on lui aura prouvé d'une façon qui ne laisse pas place au moindre doute, d'une part, que la disposition de l'art. 17 a nui à l'application de la loi de 1874, et, d'autre part, que son abrogation a profité à la loi nouvelle. Les arguments qu'il fait valoir et que le cadre restreint de cette étude ne nous permet pas de reproduire ici ne suffisent pas à nous convaincre. Sans doute il est indéniable que les critiques adressées à l'art. 17 étaient quelque peu exagérées et nous avons été le premier à le reconnaître dans notre introduction ; mais il est non moins certain que ces critiques contenaient une part de vérité dont on a bien pu contester l'importance, mais dont l'existence tout au moins n'a guère été mise en doute. Nous persistons donc à penser qu'en présence d'une disposition pouvant nuire au développement de l'hypothèque maritime et y ayant réellement porté atteinte quoi qu'en dise M. Laurin, par le seul fait de la clause introduite à tort ou à raison dans toutes les polices sur corps par les assureurs et déjà signalée, nous pensons, dis-je, que l'abrogation de l'art. 17 s'imposait au législateur de 1885, et nous ne pouvons que l'approuver d'y avoir procédé.

L'art. 17 ayant disparu, c'est la convention des parties et non la loi qui règlera désormais la subrogation aux droits du débiteur sur l'indemnité d'assurance. Remarquons, toutefois, que l'art. 17 est encore applicable même

aujourd'hui aux hypothèques consenties avant la loi de 1885, car il y avait véritablement droit acquis pour le créancier au moment où il fournissait son capital, à user du bénéfice accordé par la loi en vigueur et l'on ne pourrait, à cet égard, appliquer la loi de 1885 sans violer manifestement le principe de la non-rétroactivité.

Remarquons encore que l'abrogation de ce même article ne saurait empêcher l'hypothèque maritime de porter actuellement sur les choses sauvées ou leurs produits, en cas de perte ou d'innavigabilité du navire. Il résulte, en effet, formellement du rapport de M. Barne au Sénat que, si la disposition initiale de l'art. 17 n'a pas été reproduite par la loi nouvelle, c'est uniquement parce que la Commission, à tort ou à raison, l'a considérée comme une application du droit commun qu'il était inutile de mentionner expressément. Donc, dans l'intention du législateur, elle devait encore rester en vigueur aujourd'hui.

Une question délicate soulevée également par l'abrogation de l'art. 17 est celle qui consiste à déterminer si les créanciers hypothécaires peuvent désormais faire assurer le navire pour la garantie de leur créance. Ce droit qui leur était concédé expressément par la disposition dont nous nous occupons, ne figure pas dans la loi de 1885 et, par suite, il faut décider que les créanciers sont soumis sur ce point aux dispositions du droit commun La question que nous proposons de résoudre se ramène donc à celle-ci : un créancier peut-il faire assurer la chose de son débiteur? Avant la loi du 12 août 1885, la solution variait suivant les auteurs. Toutefois, l'opinion générale refusait le bénéfice de l'assurance aux créanciers chirographaires et l'accordait aux créanciers hypothécaires ou privilégiés qui ont un droit de gage spécial sur la chose (de Valroger, t. III, n° 1344, — Cass., 26 avril 1865. D., 65, 1, 415. —

Cass., 3 janvier 76, Sirey, 76, 1, 105). Aujourd'hui nous ne croyons pas que la question puisse faire le moindre doute, en ce qui concerne l'assurance sur le navire, en présence de la rédaction nouvelle que la loi du 12 août 1885 a donnée à l'art. 334 qui commence par ces mots : « Toute personne intéressée peut faire assurer le navire et ses accessoires... » Il semble bien, en effet, que, par ces mots « Toute personne intéressée », le législateur a voulu dire que l'assurance pourrait être faite non seulement par le propriétaire du navire, mais par toute personne ayant un intérêt certain dans le navire, c'est-à-dire précisément par les créanciers dont il constitue le gage. Cette interprétation est d'ailleurs justifiée par les travaux préparatoires de la loi du 12 août 1885. La Commission de la Chambre des Députés avait, en effet, critiqué la rédaction nouvelle du premier paragraphe de l'art. 334 et avait demandé le maintien de l'ancien texte : « L'assurance peut avoir pour objet... » Le Sénat ne fut pas de cet avis et repoussa la modification que l'on voulait faire subir à cet égard au projet pour le motif suivant qu'indiqua M. Roger Marvaise dans son rapport du 22 janvier 1883 : « La rédaction « toute personne intéressée peut faire assurer... » est plus large et permet de comprendre parmi les personnes qui peuvent faire assurer le navire, notamment les créanciers à hypothèque maritime ». Nous croyons, pour notre part, qu'il faut aller plus loin, et que, le législateur n'ayant pas défini l'intérêt qu'il avait en vue, en vertu de la formule même de l'art. 334, les créanciers privilégiés ou même simplement chirographaires pourront faire assurer le navire. C'est qu'en effet, les chances de perte auxquelles est exposé le navire suffisent pour constituer un risque sérieux qui menace l'action en remboursement du créancier ; le navire est un des éléments de la fortune du débiteur, fait

par suite, partie du gage du créancier chirographaire et celui-ci subira le contre-coup d'une perte qui entraînera ou augmentera l'insolvabilité de son débiteur. L'intérêt existe donc ici, et la difficulté qu'entraînera la détermination de la part d'intérêt du créancier chirographaire sur le gage commun qu'on a objectée quelquefois, ne suffit pas, alors que l'évaluation en est juridiquement possible, à faire considérer cet intérêt comme indéterminé et à entraîner la nullité de la police d'assurances. (En ce sens, Desjardins, t. VI, n° 1337. — Note de M. Levillain. D., 1883, 2, 193.) Mais il est bon de remarquer également que l'art 334 prohibe sévèrement les assurances cumulatives, ce qu'il faut entendre ainsi : deux ou plusieurs assurances faites pour un même intérêt et portant sur le même objet. La conséquence à tirer de là, c'est que le créancier ne pourra jamais cumuler le bénéfice de sa propre assurance sur le navire avec celui d'une subrogation conventionnelle à l'assurance du débiteur, pas plus qu'il n'aurait pu, sous l'empire de la loi de 1874, opérer ce cumul avec le bénéfice de la subrogation légale établie par cette loi.

Le créancier peut donc faire assurer le navire. Peut-il maintenant faire assurer sa créance? Remarquons tout d'abord qu'il n'y a là qu'une simple différence de formule, car le résultat pratique est, au fond, le même; le créancier ne peut jamais assurer la chose de son débiteur que dans les limites du montant de sa créance. Nous croyons que le créancier peut assurer sa créance, car il peut certainement se faire assurer contre les pertes commerciales quelconques qu'il peut être appelé à subir, et contre l'insolvabilité de son débiteur. (Paris, 3 février 1885, D., 85, 2, 184.) Telle était d'ailleurs l'opinion de M. Barne qui, dans son rapport au Sénat, s'exprimait ainsi : « D'ailleurs, la créance hypothécaire peut elle-même faire l'objet d'une

assurance spéciale, permise par l'art. 334 du Code de commerce qui, en prévoyant l'assurance des sommes prêtées à la grosse, énonce aussi toutes autres choses ou valeurs estimatives, sujettes aux risques de la navigation. » (En ce sens, Mallet, *op. cit.*, p. 84. — Société pour le développement et la défense..... de Marseille, *op. cit.*, p. 18.) On a quelquefois invoqué contre notre opinion un argument tiré des travaux préparatoires de la loi du 12 août 1885, mais nous allons voir quelle en est la valeur exacte. Dans la séance du 3 juillet 1882, la Chambre des Députés, sur un rapport conforme de M. Peulevey, avait voté une disposition ainsi conçue pour remplacer l'art. 334 : « L'assurance peut avoir pour objet..... les sommes prêtées sur hypothèque maritime contre les risques de la navigation. » Or, cette partie du projet fut écartée par le Sénat, se basant sur ce motif que, dans l'emprunt hypothécaire, il y a une obligation indépendante des fortunes de mer; car si la créance pour laquelle existe l'hypothèque, est soumise aux risques de la navigation, en ce sens qu'elle a particulièrement pour garantie le navire soumis lui-même à ces risques, elle n'en porte pas moins sur les autres biens du débiteur, et, à cet égard, ne saurait être exposée aux fortunes de mer. La Chambre des Députés accepta cette suppression, mais le rapporteur a indiqué nettement pourquoi la commission n'insistait pas sur le maintien de la disposition rejetée par le Sénat : « L'hypothèque est un droit réel sur le gage, et du moment où le gage est susceptible d'assurance, le droit réel qui en forme une dépendance constitue par cela même une valeur sujette aux risques de la navigation. Cela nous paraît encore d'évidence..... Si nous avions demandé la reconnaissance du droit d'assurance sur le prêt hypothécaire, c'est uniquement pour qu'il n'y eût aucun doute à cet égard, car, à notre avis, le droit

existe dans la formule même du dernier paragraphe de l'art. 334 : « Toutes choses ou valeurs sujettes aux risques de la navigation. » L'argument qui ressort des travaux préparatoires serait donc, on le voit, plutôt en notre faveur que contre nous; et, dans ces conditions, nous croyons que les principes généraux conduisent à admettre, conformément à l'opinion qui domine dans la doctrine, que tout créancier, même chirographaire, peut faire assurer sa créance. Les motifs sur lesquels s'était basé le Sénat et qui ont été repris par certains auteurs, pourraient tout au plus prouver que l'assurance n'aura pas toujours un caractère maritime dans notre hypothèse; mais ce n'est pas une raison suffisante pour en conclure, comme le fait la jurisprudence, à la nullité de la police (Cass., 3 janvier 1876, D., 76, 1, 8. — Paris, 22 janvier 1877, D., 78, 2, 26. — De Courcy. Questions, 1re série, p. 269 et suiv.). Nous admettrons pour notre part qu'il y aura assurance maritime toutes les fois que le propriétaire pourra se libérer par l'abandon du navire et du fret, conformément à l'art. 216 et qu'en dehors de cette hypothèse, il n'y a là qu'une question de fait qui doit être abandonnée à l'appréciation du juge; l'assurance sera terrestre ou maritime, suivant que la prévision du risque maritime aura été ou non la raison dominante de l'assurance. Notons d'ailleurs qu'il n'y a qu'un faible intérêt à déterminer le caractère maritime ou terrestre de l'assurance. (Note précitée de M. Levillain. — Desjardins, t. VI, n° 1337. — Lyon-Caen et Renault, n° 2092. — Laurin sur Cresp, t. IV, p. 349, note 115.)

Signalons enfin que les législations anglaise, américaine, italienne et allemande, repoussent le principe de la subrogation légale à l'indemnité d'assurance. La loi belge du 21 août 1879, au contraire, admet comme notre ancienne loi, que l'inscription de l'hypothèque vaut oppo-

sition au payement de l'indemnité d'assurance; en outre, en cas de règlement d'avaries, une disposition spéciale protège expressément les créanciers hypothécaires. (Voir art. 149).

SECTION II

Le navire a échappé aux risques de mer.

Cette seconde hypothèse est la plus importante et celle qui se réalisera le plus souvent. Ici, en effet, l'objet sur lequel la garantie s'est assise existe, et l'hypothèque va produire ses effets dans toute leur plénitude. Or, l'hypothèque maritime, comme l'hypothèque terrestre, donne naissance à deux droits distincts au profit du créancier : le droit de préférence, qui permet au créancier hypothécaire d'être payé sur le prix de l'objet soumis à l'hypothèque avant les créanciers chirographaires du débiteur, et le droit de suite qui lui permet de saisir son gage entre les mains du tiers détenteur pour pouvoir exercer son droit de préférence.

De ces deux droits, le premier ne nous retiendra pas bien longtemps, car il ne présente guère de particularité spéciale à l'hypothèque maritime, et nous nous bornerons à renvoyer d'une manière générale, aux dispositions du droit civil. Nous avons vu, en effet, qu'en notre matière on applique simplement la règle *prior tempore potior jure*, et nous renvoyons, pour les détails à ce sujet et les critiques qui peuvent être adressées à la loi, à l'explication que nous avons fournie des art. 10 et 13.

Conformément au droit commun encore, les créanciers hypothécaires priment les créanciers chirographaires et sont primés par les créanciers privilégiés, après lesquels ils viennent dans leur ordre d'inscription; une seule

exception a été faite en ce qui concerne le prêt à la grosse avant le départ, dont le privilège a été aboli dans un motif de faveur pour les créanciers hypothécaires. Il est assez intéressant, au point de vue historique tout au moins, de signaler la proposition qui fut faite au moment de la discussion de l'art. 27 de la loi de 1874, par M. Clapier. Prétendant que, placé à la suite de la créance privilégiée de l'assureur et de celle du chargeur pour les dommages-intérêts dus en cas d'avaries, le prêt hypothécaire sur navire courait le danger d'être complètement annihilé à la suite d'une simple faute du capitaine, l'honorable député déposait un amendement aux termes duquel le créancier hypothécaire aurait eu le rang du prêteur à la grosse avant le départ. Mais cet amendement fut repoussé comme dérogeant sans nécessité au droit commun, et comme devant entraîner des conséquences pratiques désastreuses pour l'hypothèque maritime, car les affréteurs, dont le privilège eût été primé par l'hypothèque, se seraient refusés à charger sur des navires hypothéqués. En conséquence, l'art. 27 avait été ainsi rédigé : « Les paragraphes 9 de l'art. 191 et 7 de l'art. 192 du Code de commerce sont abrogés. L'art. 191 du même Code est terminé par la disposition suivante : Les créanciers hypothécaires sur le navire viendront dans leur ordre d'inscription après les créances privilégiées ». Ces dispositions sont passées de nouveau dans la loi de 1885, dont les art. 34 et 39 sont conçus dans les termes suivants : Art. 34 : « L'art. 191 du Code de commerce est terminé par la disposition suivante : Les créanciers hypothécaires sur le navire viennent dans leur ordre d'inscription après les créanciers privilégiés ». Art. 39 : « Sont abrogés : le paragraphe 9 de l'art. 191 et le paragraphe 7 de l'art. 192 du Code de commerce ; — les art. 201, 202, 203, 204, 205,

206, 207 du même Code; — la loi du 10 décembre 1876 sur l'hypothèque maritime; — et généralement toutes les dispositions contraires à la présente loi ». La loi de 1885 s'est donc bornée à reproduire les dispositions de la loi de 1874, en y ajoutant l'abrogation des textes relatifs à la vente et à la saisie des navires qu'elle réglemente à nouveau.

Le privilège du préteur à la grosse avant le départ est donc supprimé; mais nous croyons avec M. Mallet (p. 94) qu'il n'est supprimé que sur les choses qui peuvent être affectées à l'hypothèque maritime, et que, par suite, il subsiste au profit du prêteur sur marchandises et sur navire de moins de 20 tonneaux. D'autre part, sauf le cas de l'art. 35 de notre loi, aucun article ne prohibant d'une façon générale le prêt à la grosse avant le départ, il demeure donc possible; le privilège seul est supprimé, et par suite, le prêteur à la grosse devient un simple créancier chirographaire.

Le Code belge ne parle pas du rang de l'hypothèque maritime; on a considéré comme inutile de consacrer législativement sur ce point le droit commun.

En Angleterre, il semble que l'hypothèque maritime soit primée par les privilèges du capitaine, des ouvriers et fournisseurs.

Aux Etats-Unis, les décisions de la jurisprudence sont trop différentes, pour qu'on puisse poser à coup sûr une régle générale.

Le Code italien privilégie au 13e rang, les créances pour lesquelles le navire a été mis en gage.

La loi prussienne du 24 juin 1861 règle le concours des créanciers du navire entre eux, d'après l'ordre et la date des inscriptions. Quant au concours du gagiste avec les autres créanciers, on distingue : s'il était déjà créancier du navire, il vient au rang assigné par la cause de sa

créance, sans tenir compte de l'inscription ; si c'est un créancier quelconque, il est primé par les créanciers du navire.

Passons maintenant au droit de suite. Nous avons déjà vu que, depuis l'ordonnance de 1681, les navires pouvaient être l'objet d'un droit de suite au profit de tous les créanciers. Mais, nous savons aussi que ce droit de suite, d'un caractère essentiellement précaire peut, aux termes de l'art. 193 du Code de commerce, être éteint par un simple voyage en mer, effectué sous le nom de l'acquéreur. Le nouveau mode de crédit organisé en 1874, avait besoin, pour avoir chance de réussir, d'une garantie offrant des qualités plus sérieuses de durée et de persistance ; aussi notre loi a-t-elle organisé le droit de suite, conséquence de l'hypothèque maritime, d'une manière analogue au droit de suite qui résulte de l'hypothèque immobilière.

Pour étudier le droit de suite d'une façon complète, il est indispensable d'examiner, d'une part, l'exercice du droit de suite lui-même, et d'autre part, la faculté accordée aux tiers détenteurs de purger leur acquisition en cas d'aliénation volontaire. Nous renvoyons l'étude de ce dernier point au chapitre suivant, où nous parlerons d'une façon générale, des modes d'extinction de l'hypothèque maritime, et pour le moment, nous allons nous borner à étudier le droit de poursuite des créanciers hypothécaires, en laissant de côté l'organisation nouvelle, introduite par la loi de 1885, en ce qui concerne la vente et la saisie des navires ; c'est là, en effet, un point qui ne se rattache pas directement à l'hypothèque maritime, et dont l'étude exige des développements trop considérables pour le cadre où nous devons nous mouvoir.

Droit de poursuite des créanciers hypothécaires.

Il n'y a pas à distinguer ici si le créancier poursuit l'expropriation contre le débiteur lui-même ou contre un tiers détenteur; tout ce qu'on peut dire, c'est que le droit de suite n'apparaîtra et ne viendra au secours du créancier qu'à partir du moment où le navire sera passé entre les mains d'un tiers acquéreur. Ce droit pour le créancier de saisir le navire hypothéqué entre quelques mains qu'il se trouve, nous est affirmé par l'art. 17 de la nouvelle loi qui, reproduisant en les complétant les termes même de l'art. 18 de la loi de 1874 s'exprime ainsi : « Les créanciers ayant hypothèque inscrite sur un navire ou portion de navire, le suivent en quelques mains qu'il passe pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs inscriptions. »

Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre les différents créanciers hypothécaires du navire; chacun d'eux, quel que soit le rang de son inscription, a le droit de faire vendre le navire pour se faire payer sur le prix. Il est impossible de passer sous silence la différence considérable qui sépare, à cet égard, la législation anglaise de la nôtre. La loi anglaise, s'inspirant des dispositions du droit romain où l'on sait que la plénitude du droit hypothécaire n'appartenait qu'au premier créancier, n'accorde qu'au premier créancier le droit de faire procéder à la vente du navire; les créanciers postérieurs ne peuvent faire procéder à cette vente sans l'aveu du créancier premier en date, ou du tribunal compétent. En outre, le créancier premier en date n'est pas obligé de recourir aux formalités de la vente en justice; il a le droit absolu de disposer du navire ou de la portion sur laquelle porte son gage, comme bon lui semble. Cela n'est, d'ailleurs, que l'application du droit commun; nous avons vu, en effet, que le mort-gage n'était pas, à

proprement parler une hypothèque, mais un véritable nantissement, et même plus, un droit de propriété conditionnelle pour le cas où le créancier n'est pas payé à l'échéance. Mais nous avons vu également que la jurisprudence des Cours d'équité tend à en faire une véritable hypothèque; aussi admet-on, quand le mort-gage porte sur un navire, qu'il est désirable, pour prévenir toutes difficultés ultérieures, que la vente ait lieu aux enchères publiques.

La loi belge de 1879 renferme une disposition analogue à celle de notre art. 17.

Lorsque le navire hypothéqué appartiendra à un seul propriétaire, l'on devra recourir aux principes du droit commun dont l'application ne souffrira aucune difficulté. Mais c'est là le cas le plus rare, car l'indivision est, en matière maritime, non pas une exception comme en matière immobilière, mais bien l'état naturel et normal de la propriété, et cela, par suite de diverses causes dont les principales, disait M. Grivart dans son rapport, sont l'importance des capitaux engagés, le désir de diviser les risques et l'avantage que trouve le propriétaire d'un navire à intéresser le capitaine aux chances de la navigation. Le législateur devait donc, pour régler les rapports de l'hypothèque avec cette indivision, s'inspirer de considérations éminemment favorables à celle-ci. C'est ainsi que s'expliquent et se justifient les dispositions importantes que renferme encore notre art. 17 : « Si l'hypothèque ne grève qu'une portion du navire, le créancier ne peut faire vendre et saisir que la portion qui lui est affectée. Toutefois, si plus de la moitié du navire se trouve hypothéquée, le créancier pourra, après saisie, le faire vendre en totalité à charge d'appeler à la vente les copropriétaires. — Dans tous les cas de copropriété, par dérogation à l'art. 883 du Code civil, les

hypothèques consenties durant l'indivision, par un ou plusieurs des copropriétaires, sur une portion du navire, continueront à subsister après le partage ou la licitation. — Toutefois, si la licitation s'est faite en justice dans les formes déterminées par les art. 23 et suivants de la présente loi, le droit des créanciers n'ayant hypothèque que sur une portion du navire, sera limité au droit de préférence sur la partie du prix afférente à l'intérêt hypothéqué. »

D'après cet article, deux hypothèses doivent donc être distinguées : le créancier a-t-il hypothèque sur la moitié du navire ou moins de la moitié ; il peut, en pareil cas, faire vendre la part qui lui est hypothéquée sans provoquer la licitation de la chose indivise, par dérogation à l'art. 2205 du Code civil ; son hypothèque comprend-elle au contraire, plus de la moitié du navire, il peut faire vendre la totalité du navire; mais, dans ce cas, il doit appeler tous les copropriétaires à la vente, car c'est un véritable partage qu'opère la licitation. M. de Valroger signale, avec raison, l'anomalie que présentait la loi de 1874, et qui a été d'ailleurs reproduite par la loi de 1885, en exigeant, pour que le navire entier puisse être vendu, que l'hypothèque porte sur plus de la moitié, alors que, d'après l'art. 220, la licitation peut être demandée par le propriétaire représentant simplement la moitié du navire (t. III, n° 1260). Il y a là une sorte d'*inelegantia juris,* résultat d'une erreur législative, qui aurait dû disparaître. Cette rédaction vicieuse de nos articles peut d'ailleurs faire naître des difficultés dont nous trouvons un exemple dans un arrêt récent de la Cour de cassation du 31 mars 1886 (D., 86, 1, 313). D'après cet arrêt, le créancier qui peut faire liciter le navire du chef de son débiteur, en vertu de l'art. 1166 du Code civil combiné avec l'art. 220 3° du Code de commerce, quand sa part équivaut à la moitié de la valeur

du bâtiment, aurait en outre le droit de pratiquer une saisie totale toutes les fois qu'il est en possession de plus de la moitié de ce bâtiment (art. 220 1° et 2°). Et, en ce sens, on invoque l'art. 18 de la loi de 1874, reproduit textuellement par l'art. 17 de la loi de 1885, que la Cour suprême étend aux créanciers chirographaires. Or, en ce qui concerne les créanciers hypothécaires, les seuls auxquels se réfèrent les lois de 1874 et 1885, tout ce qui résulte du rapport de M. Grivart, c'est que, si on a jugé impossible d'interdire au créancier la saisie partielle, comme en matière immobilière, parce qu'il ne pourra demander la licitation que lorsque son débiteur possédant la moitié du navire aura lui-même ce droit, le créancier pourra certainement faire mettre en vente la totalité du navire lorsque son débiteur pourra recourir à la licitation. Mais c'est là qu'apparaît l'erreur signalée plus haut. M. Grivart a cru que le débiteur n'a qualité, pour demander la licitation, que dans le cas où sa part dans le navire est de plus de la moitié de l'intérêt total alors que, d'après l'art. 220 *in fine*, il suffit qu'elle égale la moitié de la valeur du navire. Le législateur n'a donc pas eu l'intention d'innover en notre matière ; il a voulu uniquement consacrer le principe du Code de commerce. En 1885, la question n'a pas été soulevée, et l'art. 17 a reproduit l'art. 18 sans que le législateur se soit douté des difficultés auxquelles pourrait donner lieu son manque d'harmonie avec l'art. 220 *in fine*. Par suite, on peut actuellement se rallier à deux systèmes différents : si l'on veut tenir compte exclusivement des principes que le législateur de 1874 a entendu appliquer, il faut corriger le texte en conséquence par voie d'interprétation, et décider que le créancier pourra provoquer la licitation toutes les fois que son débiteur aura lui-même ce droit, c'est-à-dire lorsque ce débiteur aura, dans le navire, une part

équivalente à la moitié de sa valeur totale; c'est là, il faut en convenir, la solution la plus logique; si, au contraire, en présence d'une disposition législative qui ne semble en apparence présenter aucune obscurité, on hésite à la modifier ouvertement; si l'on veut interpréter nos articles au pied de la lettre, on devra considérer les art. 18 de la loi de 1874 et 17 de la loi de 1885 comme ayant introduit, à l'encontre des créanciers hypothécaires, une dérogation formelle, difficile d'ailleurs à comprendre, aux principes du Code de commerce. Ces créanciers se trouveront dans une situation moins avantageuse que leurs débiteurs, puisqu'ils ne pourront demander la licitation qu'autant que plus de la moitié du bâtiment sera affectée au remboursement de leur créance, tandis que la demande du quirataire sera recevable dès lors que sa part équivaudra à la moitié de la valeur totale du navire. Mais nous ne croyons pas qu'il soit possible de trouver dans nos textes, tout à la fois, le droit pour le créancier de faire liciter quand la part d'intérêt de son débiteur équivaut à la moitié de la valeur totale, et celui de pratiquer une saisie totale si la portion hypothéquée est supérieure à la moitié. Ajoutons que le caractère exceptionnel de nos articles entendus dans le dernier sens indiqué ne permet certainement pas de les étendre aux créanciers chirographaires. (V. note de M. Levillain sous arrêt de Cass. précité.)

Les motifs que nous avons indiqués il y a un instant et qui donnent à l'indivision en matière maritime un caractère tout spécial, avaient conduit le législateur de 1874 à déroger en notre matière à l'art. 883 du Code civil. D'après cet article, qui pose une règle générale, applicable dans tous les cas d'indivision, le partage est déclaratif et non translatif de propriété; comme conséquence, lorsqu'un copropriétaire pendant l'indivision, consent une

hypothèque sur la totalité ou sur portion d'un immeuble indivis, cette hypothèque ne sera valable qu'autant que l'immeuble, par l'effet du partage, tombera dans le lot du constituant; sinon, elle est considérée comme inexistante. Cette règle était inconciliable avec l'existence de l'hypothèque maritime qui ne peut guère être établie que sur des parts de propriété, puisque l'indivision est ici le fait habituel. Aussi la loi de 1885, comme la loi de 1874, déroge au principe de l'art. 883 et décide, comme nous l'avons vu, que les hypothèques consenties sur une part de navire pendant l'indivision subsistent après le partage ou la licitation Mais, dans l'ancienne loi, cette règle n'était pas absolue. Partant de ce principe, que l'art. 883 avait été écrit en vue d'hypothèses où l'indivision est forcée et que l'application devait en être écartée en notre matière uniquement parce que le plus souvent elle était volontaire, l'ancien art. 18 revenait au droit commun dans le cas de copropriété résultant de succession ou de la dissolution d'une communauté conjugale. Aujourd'hui, cette restriction n'existe plus. Dans tous les cas, par cela seul que l'hypothèque portera sur un navire possédé par plusieurs copropriétaires, l'art 883 devra être écarté. M. de Valroger (t. III, n° 1263) approuve la disposition de la loi nouvelle; il y a cependant des cas dans lesquels le résultat obtenu ne sera pas tel qu'on pourrait le désirer. On avait fait, en effet, devant l'Assemblée nationale, l'hypothèse suivante : un père qui a pour toute fortune un navire, laisse trois enfants. Deux d'entre eux ont reçu, de son vivant, plus que leurs droits et le navire est attribué au troisième. Si pendant l'indivision, des hypothèques ont été constituées sur le navire par les deux premiers enfants et si l'on admet que ces hypothèques subsistent, la part du troisième va se trouver diminuée d'autant, et s'il y a des

dettes héréditaires, il pourra même ne lui rien rester. Or, ce danger ne disparaîtra point toujours par le seul fait de l'intervention de la majorité, intervention qui étant désormais nécessaire pour la constitution de l'hypothèque sur une portion du navire, présente, disait le rapporteur au Sénat, « une garantie pour tous de ne voir établir des hypothèques sur des parts indivises d'un navire que dans l'intérêt et pour le besoin de ce navire lui-même ». Il peut, en effet, arriver, dans notre espèce, que les deux frères dotés du vivant de leur père, constituent à eux seuls la majorité; d'autre part, il ne faut point trop compter sur le recours que l'héritier dont les droits sont lésés peut exercer contre ses cohéritiers, car ceux-ci peuvent n'être pas solvables; ce qui rend ce recours frustratoire. Quoi qu'il en soit, l'art. 17 de la loi de 1885 est formel et l'on doit s'y conformer.

Signalons encore une anomalie que notre loi a laissé subsister. La dérogation qu'elle établit à l'art. 883 n'a lieu que pour les créanciers hypothécaires; les privilèges sont donc éteints à la différence des hypothèques et conformément au droit commun, ne pourront être opposés au nouveau propriétaire.

Enfin, l'art. 17 dans sa partie finale limite le droit des créanciers dans le cas de licitation faite en justice dans les formes établies par la loi nouvelle au droit de préférence sur la partie du prix afférente à l'intérêt hypothéqué. En pareil cas, en effet, l'adjudication a été entourée de la publicité qui appartient aux ventes judiciaires, et il n'y a pas lieu de procéder à une nouvelle vente. Ce n'est là, d'ailleurs, que la conséquence du principe déposé dans l'art. 29 aux termes duquel la surenchère n'est pas permise en cas de vente judiciaire.

CHAPITRE IV

Extinction de l'hypothèque maritime.

En matière immobilière, l'art. 2180 du Code civil indique quatre modes d'extinction de l'hypothèque; l'extinction de l'obligation principale, la renonciation du créancier, l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs pour purger les biens par eux acquis, et, enfin, la prescription. De ces quatre modes, les trois premiers s'étendent sans difficulté à l'hypothèque maritime; en ce qui concerne la prescription, il faut distinguer : la prescription de la créance garantie entraînera certainement l'extinction de l'hypothèque dans tous les cas; mais si le navire est aux mains d'un tiers détenteur, nous ne croyons pas que ce tiers détenteur puisse prescrire l'hypothèque par le laps de dix ou vingt ans, conformément à l'art. 2265 du Code civil qui ne nous paraît pas applicable en notre matière. (V. Desjardins, t. I, n° 90.)

En dehors de ces modes généraux communs à toutes les hypothèques, nous devons signaler quelques modes d'un caractère plus spécial. La perte totale du navire entraîne l'extinction de l'hypothèque consentie sur ce navire; mais nous avons admis que, malgré l'abrogation de l'art. 17 de la loi de 1874, elle subsistera sur les débris du navire et sur le produit des choses sauvées, ce qui comprend le prix du navire vendu comme innavigable; elle subsisterait également sur l'indemnité d'assurance, au cas d'une subrogation conventionnelle consentie au profit du créancier

hypothécaire. La prise du navire effectuée d'une manière régulière et définitive mettra aussi fin à l'hypothèque et nous croyons qu'il en serait de même de la confiscation du navire prononcée par une loi pénale au profit de l'État, contrairement à ce que décide M. Desjardins (t. V, n° 1251).

Étudions maintenant avec quelques détails le droit de purge consacré par les lois de 1874 et 1885 au profit de celui qui acquiert la propriété du navire hypothéqué. De même que dans le cas de vente sur saisie du navire, l'adjudication a pour effet d'éteindre le droit de suite et de ne permettre au créancier d'exercer son droit de préférence que sur le prix payé par l'adjudicataire, de même dans le cas de vente volontaire du navire ou de la portion du navire hypothéquée, les formalités de la purge ont pour effet de convertir le droit de suite en un droit de préférence sur le prix. Il était, en effet, indispensable au développement du crédit maritime que l'acquéreur d'un navire grevé d'hypothèques n'eût pas à redouter une éviction dont la menace eût été perpétuellement suspendue sur sa tête et qu'il n'aurait pu éviter qu'en payant une seconde fois le prix du navire.

Remarquons d'ailleurs que le droit de purger est une simple faculté pour l'acquéreur et non une obligation; il ne sera donc pas toujours obligé d'y recourir. Si, par exemple, le navire est saisi par un créancier hypothécaire dont la créance est inférieure au prix d'acquisition du navire, l'acquéreur aura tout intérêt, au lieu de recourir aux formalités de la purge, à se borner à lui faire offre réelle du montant de la créance et à faire valoir ses offres. La Cour de Cassation a reconnu la validité de ce mode de procéder. (20 mai 1884, *J. de dr. marit.*, p. 291.) La purge sera au contraire nécessaire lorsqu'il y aura plusieurs

créanciers et que l'acquéreur ne voudra pas attendre les poursuites.

Comme en matière immobilière, on peut distinguer deux périodes distinctes dans la procédure à fins de purge ; la première relative aux formalités à remplir par le tiers détenteur pour pouvoir purger, le seconde aux formes de la réquisition de mise aux enchères du navire que le créancier a la faculté de demander. Étudions-les dans deux paragraphes distincts.

§ I. — *Formalités à remplir par le tiers détenteur.*

Ces formalités nous sont indiquées par les art. 18 et 19 de notre loi. L'art. 18 est ainsi conçu : « L'acquéreur d'un navire ou d'une portion de navire hypothéqué qui veut se garantir des poursuites autorisées par l'article précédent, est tenu, avant la poursuite ou dans le délai de quinzaine, de notifier à tous les créanciers inscrits sur le registre du port d'immatricule, au domicile élu dans leurs inscriptions : — 1° un extrait de son titre indiquant seulement la date et la nature de l'acte, le nom du vendeur, le nom, l'espèce et le tonnage du navire, et les charges faisant partie du prix ; — 2° un tableau sur trois colonnes, dont la première contiendra la date des inscriptions, la seconde le nom des créanciers, la troisième le montant des créances inscrites. — Cette notification contiendra constitution d'avoué. » Et l'art 19 ajoute : « L'acquéreur déclarera par le même acte qu'il est prêt à acquitter, sur-le-champ, les dettes hypothécaires jusqu'à concurrence de son prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. »

Ces articles reproduisent, en les simplifiant, les dispositions des art. 2183 et 2184 du Code civil. La comparaison des termes employés par le législateur du Code civil avec

ceux employés par les lois de 1874 et 1885 a cependant soulevé une difficulté que nous devons signaler ici. Il s'agit de savoir si, pour accorder la faculté de purger, il y a lieu de tenir compte du titre d'acquisition du tiers détenteur. Le Code civil accorde ce droit à tout nouveau propriétaire sans distinguer entre l'acquéreur et le donataire qu'il place sur la même ligne en termes formels, et les art. 2183 et 2184 parlent toujours soit du prix, soit de l'évaluation de la chose ; au contraire on vient de voir que la loi de 1885 ne parle que de l'acquéreur et du prix. Cette différence dans les termes correspond-elle à une divergence dans le fonds? En d'autres termes, le mot acquéreur doit-il être pris dans notre loi dans un sens général, comme comprenant le donataire, ou bien au contraire dans un sens restreint comme se référant exclusivement à l'acheteur? On a prétendu que la loi de 1885 n'avait en vue que l'acheteur ; ceci, dit-on, résulte des termes mêmes de la loi et, d'autre part, cette restriction s'explique facilement ; en effet la purge porte atteinte aux droits des créanciers hypothécaires qu'elle force à recevoir un paiement partiel et le législateur de 1874 qui cherchait à favoriser le crédit maritime sans entraver la vente des navires, a pu vouloir restreindre le droit de purge vis-à-vis des créanciers hypothécaires, tout en le reconnaissant au profit des acquéreurs (de Valroger, t. III, n° 1267).

Ces raisons nous touchent peu. Nous croyons d'abord que c'est à tort qu'on s'attache à suivre servilement le texte de nos art. 18 et 19. Il nous semble raisonnable d'admettre avec M. Desjardins (t. V, n° 1252) que la loi a ici statué de *eo quod plerumque fit*. Le mot acquéreur a dans la langue du droit un sens général ; il désigne aussi bien un acquéreur à titre gratuit qu'à titre onéreux, et l'argument que l'on pourrait tirer de l'emploi exclusif du mot

prix dans la loi sur l'hypothèque maritime nous paraît devoir être écarté par la considération suivante : c'est qu'il résulte des travaux préparatoires que le législateur de 1874 a entendu suivre le plus près possible le Code civil et que, par suite, on ne peut admettre qu'il ait voulu déroger aux art. 2183 et 2184 sur ce point sans s'en expliquer formellement. Quant à l'objection que l'on tire du but de notre loi qui, dit-on, n'est pas faite dans l'intérêt des héritiers, donataires ou légataires, il n'y a pas lieu d'en tenir grand compte puisque M. de Valroger est lui-même contraint de reconnaître qu'il est illogique d'obliger un tiers détenteur, par cela seul que sa cause d'acquisition consiste dans un legs ou une donation, à rester indéfiniment sous le coup de l'action hypothécaire, et qu'une telle disposition est certainement en opposition avec l'intérêt du navire et du commerce maritime.

Revenons à nos articles. D'après le droit civil, la première formalité à remplir est la transcription du contrat; en matière maritime, le nouveau propriétaire devra faire opérer la mutation en douane qui peut seule arrêter les inscriptions du chef du précédent propriétaire. C'est donc là de sa part une mesure de prudence, et d'ailleurs, ce n'est qu'après l'accomplissement de cette formalité qu'il pourra connaître tous les créanciers inscrits auxquels il doit faire ses notifications. Mais il ne sera pas tenu de notifier un extrait de cette transcription.

A partir du moment où il est poursuivi, de la première sommation, précédée ou suivie d'un commandement (art. 2183. — Cass., 25 novembre 1862, D., 63, 1. 109), le tiers détenteur a un délai de quinze jours pour faire les notifications prescrites par l'art. 18 et l'expiration de ce délai, sans que la formalité ait été remplie, emportera déchéance du droit de purger par application du droit

commun. Ce délai, si le domicile du tiers détenteur est éloigné du domicile de ses créanciers est soumis à l'augmentation en raison des distances, conformément à la règle générale de l'art. 1033 du Code de procédure civile.

En ce qui concerne l'objet de notification, l'application de nos articles ne présente aucune difficulté. Remarquons seulement que les notifications doivent être adressées aux créanciers inscrits sur le registre du port d'immatricule, et non sur l'acte de francisation, comme disait la loi de 1874, ce qui rendait le plus souvent la purge impossible, quand le navire était en cours de voyage. En outre, la loi de 1885 exige que la notification renferme une constitution d'avoué, ce dont ne parlait pas la loi ancienne. Enfin, la notification doit être faite, conformément à l'art. 832 du Code de procédure par huissier commis, car la loi de 1885 en gardant le silence à ce sujet, semble s'être référée implicitement aux principes du droit commun (Bédarride, *op. cit.*, n° 286). Quant à l'art. 19, c'est la reproduction à peu près textuelle de l'art. 2184. L'acquéreur doit déclarer qu'il est prêt à payer son prix et les intérêts de ce prix, à partir soit de la sommation qui lui a été faite par les créanciers hypothécaires, soit de la notification faite par lui. (Bédarride, *op. cit.*, n° 293.) Si les notifications ne sont pas suivies de surenchère, l'acquéreur se trouve désormais personnellement tenu envers les créanciers hypothécaires du montant du prix qu'il a offert. Enfin, nous pensons qu'on doit étendre, à notre matière, l'art. 774 du Code de procédure qui prévilégie l'acquéreur pour le coût des extraits d'inscriptions et dénonciations aux créanciers inscrits.

§ II. — *Réquisition de mises aux enchères.*

En présence de la notification qui lui est faite par le tiers détenteur, le créancier hypothécaire a le choix entre

deux partis : il peut accepter les offres de celui-ci soit expressément, soit tacitement, en laissant s'écouler le délai fixé par la loi, pour surenchérir ; il faut, au contraire, les refuser et requérir la mise aux enchères du navire hypothéqué. Comme on l'a dit avec raison (Morel, *op. cit.*, p. 159), cette faculté est le correctif de la faculté de purger. L'aliénation volontaire se faisant, en effet, sans publicité ni contrôle, il aurait pu arriver que le débiteur dissimulât le prix réel, ou vendît son navire à un prix inférieur à sa valeur, soit par négligence, soit même pour faire pièce à ses créanciers, et que le gage hypothécaire se trouvât par suite amoindri au préjudice de ces derniers. Tel est le danger que l'art. 20 a voulu prévenir en disant : « Tout créancier peut requérir la mise aux enchères du navire ou de portion du navire, en offrant de porter le prix à un dixième en sus, et de donner caution pour le paiement du prix et des charges. » C'est la reproduction textuelle de l'art. 21 de la loi de 1874.

L'art. 20 nous dit que la mise aux enchères peut être requise par tout créancier. Cette dernière expression a fait naître une difficulté ; on s'est demandé s'il fallait la prendre au pied de la lettre et comprendre ainsi tous les créanciers, même non inscrits. Nous croyons, pour notre part, avec MM. de Valroger et Bédarride (nos 303 et suiv.), qu'il ne s'agit que des créanciers inscrits, les seuls dont il eût été question dans les articles précédents (*contrà* : Desjardins, t. V, n° 1255. — Boistel, n° 1166). L'art. 18 nous dit, en effet, que les notifications à fins de purge doivent être faites par le tiers détenteur à tous les créanciers inscrits sur le registre du port d'immatricule ; et quand l'art. 20 vient nous dire que tout créancier peut requérir la mise aux enchères, il est logique de croire qu'il a entendu parler de tout créancier inscrit, sans qu'il y ait à

tenir compte du rang de son inscription; c'est là uniquement ce à quoi fait allusion le mot *tout*. Quant à l'argument tiré des travaux préparatoires de la loi de 1885, et de ce fait que M. Barne, parlant de l'art. 20, a dit qu'il ouvrait à tout créancier le droit de surenchère, à vrai dire, il nous paraît un peu puéril de s'y attacher, étant donné que rien dans le rapport de l'honorable sénateur ne permet d'affirmer qu'il ait entendu ces mots dans un sens autre que celui que nous leur assignons nous-mêmes dans un texte qu'il se bornait à reproduire. D'ailleurs, ce n'est pas la première fois que nous avons à signaler dans cette étude, le peu d'empressement du législateur de 1885, à trancher des controverses dont il devait avoir évidemment connaissance et nous ajouterons enfin qu'il y a encore un motif sérieux pour adopter le système que nous proposons, c'est que l'opinion adverse, de l'avis même de ses partisans, entraîne des difficultés considérables dans son application pratique.

L'art. 20 nous dit encore que le créancier doit fournir caution pour le paiement du prix et des charges. Lors de la discussion de la loi de 1874, on avait vivement attaqué cette obligation. On insistait sur la nécessité de simplifier les formalités pour permettre une réalisation facile du gage hypothécaire; on disait qu'il serait bien facile aux créanciers de trouver dans le délai de dix jours, un cautionnement souvent considérable et que, par suite, en obligeant le créancier à fournir caution, on arrivait, dans bien des cas, à l'empêcher de surenchérir, ce qui compromettrait sa créance. On ajoutait que la dérogation que l'on proposait d'apporter au droit commun étant d'autant plus licité, que sur trois surenchères qui existent dans notre droit deux, celles de l'art. 708 du Code de procédure et 573 du Code de commerce sont dispensées de l'obligation de fournir caution. A cela le rapporteur répondit qu'en dehors de

l'intérêt du créancier qui veut surenchérir, il en est un autre dont la loi a le devoir de se préoccuper et de tenir compte, c'est celui du tiers détenteur qui ne doit pas être dépossédé à la légère, et l'on ne doit pas, sans un intérêt certain, briser par une surenchère qui peut-être ne serait pas couverte, le contrat formé entre le débiteur et le tiers détenteur. Ces raisons furent adoptées par l'Assemblée nationale qui consacra la nécessité de la caution.

Que doit garantir cette caution ? Si l'on se place uniquement au point de vue du droit strict, le principe général qui ressort de l'article 2016 du Code civil est que l'obligation de la caution se mesure sur celle du débiteur principal et l'art. 2185 5° du Code civil étant conçu dans les termes les plus généraux, il faudrait en conclure qu'en matière immobilière, la caution du surenchérisseur, comme celui-ci, répond du prix, des charges qui sont les accessoires du prix et du dixième sur le tout. Mais cette disposition ainsi entendue, eût été réellement exorbitante pour le créancier, et serait allée contre le but même de la loi qui est de favoriser la surenchère (Pont. *Des privil. et hyp.*, t. II, n° 1372) ; aussi, la jurisprudence a-t-elle admis que la caution exigée par l'art. 2185 avait uniquement pour objet de garantir l'obligation prise par le surenchérisseur, de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui porté dans le contrat, ce qui décharge la caution par cela seul que la surenchère est couverte. (Cass., 2 août 1870, D. 70, 1, 344.) Cette interprétation doit *à fortiori* être étendue en matière maritime ; l'art. 20 ne permet pas que le créancier puisse être dispensé de la caution, mais elle devra être restreinte dans la mesure que nous venons d'indiquer. En ce qui concerne les détails relatifs à cette caution, nous renvoyons à l'art. 832 du Code de procédure qui nous paraît applicable ici.

L'art. 21 nous indique les formes de la réquisition de mise aux enchères : « Cette réquisition, signée du créancier, doit être signifiée à l'acquéreur dans les dix jours des notifications. Elle contiendra assignation devant le Tribunal civil du lieu où se trouve le navire, ou s'il est en cours de voyage, du lieu où il est immatriculé, pour voir ordonner qu'il sera procédé aux enchères requises ».

Le délai de la surenchère, qui en droit commun est de quarante jours, a été réduit à dix jours. Lors de la discussion de la loi de 1874, on avait proposé de le fixer à trente jours; mais l'Assemblée nationale, s'appuyant sur le besoin de célérité des opérations commerciales, maintint le chiffre de dix jours proposé par la commission. Ce délai peut être augmenté en raison des distances, en vertu de la règle générale de l'art. 1033 du Code de procédure.

Les art. 20 et 21 en reproduisant les énonciations de l'art. 2185 du Code civil, n'ajoutent pas les mots *à peine de nullité*, comme ce texte; la plupart des auteurs estiment avec raison qu'il ne faut voir là qu'une omission involontaire de la part du législateur. Il n'y avait pas lieu, en effet, de s'écarter ici des principes du droit commun que la commission, dans toute cette matière, comme il a déjà été dit, déclarait s'attacher à suivre d'aussi près que possible. Ces règles doivent donc être considérées comme substantielles, et leur complète inobservation entraînera la nullité de la procédure; mais de simples erreurs ou insuffisances de détail ne devront pas être assimilées à une omission complète. (Cass., 21 nov. 1843, D., 44, 1, 15.)

L'art. 22 vient nous dire comment devra se faire la vente aux enchères : « La vente aux enchères aura lieu à la diligence, soit du créancier qui l'aura requise, soit de l'acquéreur, dans les formes établies pour les ventes sur saisie ». Les formes de la vente sur saisie sont organisées

par les art. 23 et suivants de notre loi et nous ne pouvons qu'y renvoyer. Nous y voyons que la loi de 1885, tout en modifiant la procédure organisée par le Code de commerce, a conservé la compétence du Tribunal civil; c'est donc devant cette juridiction que la vente devra avoir lieu et non devant le Tribunal de commerce, ainsi que le portait le projet primitivement adopté par la Chambre des Députés. Quant aux droits des créanciers inscrits, dans le cas où la poursuite n'est pas suivie par le créancier qui a fait la surenchère ou par l'acquéreur, nous croyons qu'il faut appliquer les principes du droit commun (art. 833), de même que pour les effets de la surenchère (de Valroger, t. III, nos 1293-94). Ajoutons à ce qui précède que le tiers détenteur n'étant tenu que *propter rem*, pourra encore se soustraire à l'action des créanciers hypothécaires par le délaissement, conformément aux art. 2172 et suivants du Code civil.

Jetons un coup d'œil sur les législations étrangères. La loi belge du 21 août 1879 renferme des dispositions analogues à celles que nous venons d'étudier (art. 150-155); signalons seulement deux points : d'abord, elle accorde expressément le droit de purger l'hypothèque à tout acquéreur quel que soit son titre d'acquisition, et, en second lieu, elle ne permet la surenchère en termes également formels qu'aux créanciers inscrits.

En Angleterre, la purge est inconnue.

En Allemagne, l'extinction du droit de gage des créanciers sur le navire est réglée par les art. 767 à 769 du Code allemand, qui sont applicables dans tous les États de l'Allemagne.

D'après le Code italien de 1882, la vente en justice, ou en cas de vente volontaire, le délai de trois mois, met fin aux privilèges inscrits sur le navire, pourvu que, dans le

mois de la mutation en douane, la vente ait été notifiée aux créanciers inscrits sur l'acte de nationalité. Quant aux formalités à suivre, on peut dire d'une façon générale que le législateur italien reproduit le système des art. 18 et suivants de notre loi, en l'étendant à tous les créanciers privilégiés qui se sont fait inscrire sur l'acte de nationalité.

CHAPITRE V

Rapports de l'hypothèque maritime avec le fisc et l'administration.

Les droits à la perception desquels peut donner lieu l'hypothèque maritime sont de deux sortes : il y a d'abord les droits d'enregistrement perçus sur l'hypothèque comme sur tous les actes soumis à cette formalité et réglés par l'art. 2 § 2 de la loi du 10 juillet 1885 ; il y a ensuite les droits d'inscription, et, d'une façon générale, tous les droits, remises et salaires perçus par les receveurs des douanes à l'occasion des différents actes que nécessite l'application de notre loi, lesquels sont déterminés par l'art. 37 et le décret spécial rendu en conformité de cet article le 26 juin 1886.

Etudions séparément ces deux ordres de dispositions.

§ I. — *Droits d'enregistrement.*

Ce droit est ainsi fixé par l'art. 2 § 2 de la loi de 1885 : « Le droit d'enregistrement de l'acte constitutif d'hypothèque authentique ou sous seing privé est fixé à un franc (1 fr.) par mille francs (1,000 fr.) des sommes ou valeurs portées au contrat ».

Sous l'empire de la loi de 1874, il y avait lieu de distinguer entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé portant constitution d'hypothèque. Laissant le premier régi par les principes du droit commun, le législateur ne

s'était occupé que de l'acte sous seing privé, et avait décidé que cet acte ne serait passible que du droit fixe de deux francs au moment de l'inscription, mais que le droit proportionnel pourrait être ultérieurement exigé dans les cas où les actes sous seing privé y sont assujettis conformément aux lois sur l'enregistrement. Ces derniers mots faisaient allusion aux art. 22 et 23 de la loi du 11 juin 1859, qui règlent divers cas, où tous les actes contenant des prêts ou engagements commerciaux sont soumis au droit proportionnel dont ces articles les dispensent, au moment de l'enregistrement, pour les soumettre à un droit fixe. L'acte authentique étant régi par les règles du droit commun, était frappé du droit proportionnel d'un pour cent toutes les fois que la constitution d'hypothèque était faite dans l'acte d'obligation. Quel était le motif de cette différence? Le rapporteur avait dit qu'on frappait seulement l'acte sous seing privé du droit fixe avant l'inscription parce que la régie pourrait toujours percevoir le droit proportionnel, toutes les fois que l'acte recevrait, après l'inscription, une manifestation quelconque; tandis que l'acte authentique jouissant du bénéfice de la voie parée, si on l'enregistrait au droit fixe, le droit proportionnel ne serait jamais perçu. Ceci n'était point absolument exact, car les actes notariés et de justice sont seuls investis de la force exécutoire et, par conséquent, l'acte authentique contenant constitution d'hypothèque, pouvant avoir une autre source, ne devait pas jouir nécessairement de la voie parée. M. Le Cesne dans son projet de 1876, proposait de supprimer tout droit proportionnel éventuel pour les actes sous seing privé dans le but de favoriser le crédit maritime.

Le législateur de 1885 adopta un autre système. On jugea qu'il n'y avait pas lieu de laisser subsister aucune différence entre l'acte authentique et l'acte sous seing privé

et on revint, en conséquence, aux principes du droit commun en matière fiscale, en décidant que le droit proportionnel serait toujours dû. Toutefois, considérant qu'il s'agissait d'une loi de crédit; qu'en conservant le droit de un pour cent on arriverait à des frais d'enregistrement considérables, étant donné que les prêts maritimes se font pour des sommes importantes et ordinairement à court terme, et que, par analogie de ce qui se passe en Hollande (Com. à la Société de législ. comp., 20 février 1874), on pourrait arriver ainsi à empêcher le capital de se porter vers la marine, le législateur de 1885 réduisit ce droit à un franc pour mille. Donc, le résultat de notre loi sera de faire perdre aux emprunteurs sous seing privé le bénéfice de l'enregistrement provisoire à droit fixe, mais les emprunteurs par acte authentique y gagneront, au contraire, puisque le droit qu'ils auront à payer n'est plus que du dixième de celui perçu antérieurement. Ce droit est minime, mais, comme le fait observer M. de Valroger (t. III, n° 1167), il n'était peut-être pas très logique d'établir ici un droit proportionnel, alors que pour les mutations, la loi du 29 janvier 1881 était venue remplacer le droit proportionnel établi sur les navires par un droit fixe de trois francs.

§ II. — *Droits d'inscription.*

L'art. 37 § 1 s'occupe des droits d'inscription; il est ainsi conçu : « Le tarif des droits à percevoir par les employés de l'Administration des douanes, ainsi que le cautionnement spécial à leur imposer, à raison des actes auxquels donnera lieu la présente loi, les émoluments et honoraires dus aux notaires et aux courtiers conducteurs de navires pour les ventes dont ils pourront être chargés, seront fixés

par des décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique ». Déjà l'art. 30 § 1 de la loi de 1874 contenait une disposition conçue en des termes identiques à celle-ci moins la phrase relative aux notaires et courtiers conducteurs de navires, et, en conformité de cet article avait été rendu le décret du 23 avril 1875. Ce décret, qui devait être révisé à l'expiration d'une période de cinq ans, resta en vigueur jusqu'au 26 juin 1886, date à laquelle parut un nouveau décret devenu indispensable en raison des modifications que la loi de 1885 avait fait subir à l'hypothèque maritime, et dont nous avons eu déjà l'occasion de signaler plusieurs dispositions au cours de cette étude.

L'art. 1 de ce décret nous indique que les receveurs des douanes, de même que les conservateurs des hypothèques, ont droit à des remises proportionnelles sur le montant des créances et à un salaire fixe pour chaque acte, en compensation des risques qu'ils peuvent avoir à courir, le tout payable d'avance.

Le taux des remises est fixé par l'art. 2 de la façon suivante : « La remise est fixée à un demi pour mille du capital des créances donnant lieu à l'hypothèque, quel que soit le nombre des navires sur lesquels il est pris inscription. Toutefois, dans le cas où les navires affectés à la garantie d'une même créance, sont immatriculés dans des ports dépendant de recettes différentes, la remise est due au receveur de chacune de ces recettes. — En cas de renouvellement des inscriptions hypothécaires, la remise est calculée d'après les règles fixées au paragraphe précédent ». Cet article laisse de côté les dispositions que renfermait le décret de 1875 sur l'hypothèque éventuelle, aujourd'hui abrogée, et s'explique, d'autre part, sur le cas où l'hypothèque porte sur plusieurs navires, dont ce décret ne parlait pas. Il résulte de notre article que, lorsque plu-

sieurs navires sont affectés à la garantie d'une même créance, il y a lieu de considérer deux hypothèses bien distinctes : ces navires sont-ils immatriculés dans le même port; en pareil cas, quel qu'en soit le nombre, l'inscription ou le renouvellement d'inscription, pour quelque cause qu'elle se produise, donne lieu à la perception d'une remise unique d'un demi pour mille de la créance garantie; ces navires, ou quelques-uns d'entre eux, sont-ils, au contraire, immatriculés dans des ports situés dans le ressort de recettes différentes, alors le percepteur de chacune de ces recettes a droit au paiement intégral de la remise. Il y aurait, en effet, une impossibilité pratique à peu près absolue à partager le montant de la remise entre les divers receveurs; de même qu'il eût été injuste de l'attribuer à un seul d'entre eux, puisque tous ont la même somme de travail à fournir; néanmoins, il est fâcheux que le créancier puisse voir ses frais d'inscription doublés ou triplés, par cela seul que son débiteur a ses navires immatriculés dans des ports différents.

Passons maintenant aux salaires. Les salaires sont d'un franc, dit l'art. 3 : « 1° pour l'inscription de chaque hypothèque requise par un seul bordereau, quel que soit le nombre des créanciers; — 2° pour chaque inscription portée d'office, en vertu de l'art. 7 de la loi du 10 juillet 1885, sur le registre du lieu de la francisation ou sur le registre du nouveau port d'attache; — 3° pour chaque déclaration, soit de changement de domicile, soit de subrogation, soit de tous les deux par le même acte; — 4° pour chaque radiation d'inscription; — 5° pour chaque extrait d'inscription, ou pour le certificat qu'il n'en existe pas; — 6° pour la transcription du procès-verbal de saisie, conforformément à l'art. 24 de la loi du 10 juillet 1885 ». Cette disposition se passe de commentaire; elle ne fait guère

que rappeler les principes du droit commun admis en matière d'hypothèques immobilières. Le décret de 1886 reproduit d'ailleurs ici celui de 1875 en se bornant à supprimer les mots « sur l'acte de francisation » dans son 2°, et à ajouter que le salaire sera perçu pour la transcription du procès-verbal de saisie exigé par l'art. 24 de notre loi.

Donnons encore le texte de l'art. 4 : « Chaque bordereau d'inscription ne peut s'appliquer qu'à un seul navire. Dans le cas de changement de domicile, de subrogation ou de radiation, il est fait aussi une déclaration distincte par inscription. » Cette disposition a pour but de faciliter la tâche des receveurs en permettant des recherches plus rapides et en diminuant les chances d'erreur. Toutefois les frais d'inscription seront augmentés d'autant s'il y a plusieurs navires, car l'art. 3 disant que le salaire d'un franc est accordé pour chaque inscription d'hypothèque acquise par un seul bordereau, l'augmentation de ce salaire deviendra nécessaire si l'inscription exige plusieurs bordereaux. De même en cas de changement de domicile, de subrogation ou de radiation.

Nous ne reviendrons pas ici sur l'art. 5 dont nous avons eu l'occasion d'étudier les dispositions en parlant des fonctionnaires chargés de l'inscription, ni sur l'art. 6 qui se borne à dire que le taux des cautionnements, remises et salaires sera révisé à l'expiration d'une période de cinq ans, ni enfin sur la disposition finale de notre loi, car nous avons déjà donné le texte de l'art. 39 lorsque nous avons eu à nous occuper du droit de préférence.

Il ne nous reste plus qu'à signaler quelques dispositions spéciales ayant pour but d'étendre l'hypothèque maritime aux colonies. Un décret du 23 février 1875 promulgua la loi de 1874 dans les colonies, en renvoyant à la législation

coloniale la fixation des délais et des dispositions contenues dans l'art. 30 de ladite loi, et en faisant déterminer les mesures d'exécution et la date de la mise en vigueur de la loi dans chaque colonie par des arrêtés locaux soumis à l'approbation du ministre de la Marine et des Colonies. En conformité de ce décret, la loi de 1874 fut expressément promulguée à la Nouvelle-Calédonie par arrêté du 17 juillet 1875, et à la Réunion par arrêté du 17 mai 1876. Mais des difficultés étant survenues, le gouverneur de la Réunion suspendit l'effet de cet arrêté. Le 18 janvier 1877 un nouveau décret du Président de la République promulgua la loi de 1874 dans les colonies de la Martinique, la Guadeloupe et la Réunion. Dans le courant de l'année 1875 des arrêtés locaux l'avaient promulguée à la Guyane, à Saint-Pierre et Miquelon et dans les Établissements français de l'Inde. En Cochinchine elle le fut le 11 octobre 1880 et un décret spécial en date du 4 avril 1884, inséré au *Journal officiel,* vint réglementer d'une façon étroite la francisation en Cochinchine et, à cette occasion, poser quelques règles relatives à l'hypothèque maritime.

Enfin nous avons parlé déjà de la disposition de la loi budgétaire du 27 février 1887 dont nous nous bornerons ici à reproduire l'art. 7. ainsi conçu : « Les attributions conférées en matière d'hypothèque maritime par la loi du 10 juillet 1885, aux titulaires des recettes principales des douanes converties en recettes subordonnées, seront à l'avenir exercées par les nouveaux titulaires desdites recettes subordonnées.

APPENDICE

De l'hypothèque maritime en droit international privé.

Ainsi que nous avons eu l'occasion de le voir au cours de cette étude en signalant les dispositions des législations étrangères relatives à l'hypothèque maritime, cette institution est admise et consacrée par la plupart des législations européennes. Il y en a cependant encore quelques-unes où elle n'a pas jusqu'à présent acquis droit de cité et, parmi celles qui en reconnaissent le principe, les conditions de son existence et de son exercice diffèrent parfois assez profondément des règles posées par la loi française. C'est ainsi qu'en Belgique l'hypothèque peut être constituée sur tous les bâtiments de mer sans distinction de leur importance, tandis que la loi de 1885 ne l'autorise qu'autant qu'il s'agit d'un bâtiment de vingt tonneaux ou plus. C'est ainsi encore que la loi anglaise tient compte au sujet de l'exercice du droit de préférence, de la différence des heures des inscriptions prises un même jour, alors que nous avons vu qu'en France, toutes les inscriptions prises un même jour concourent entre elles. Ces divergences font naître des conflits nombreux dont l'examen s'impose d'autant plus rigoureusement, que les difficultés ainsi soulevées sont de nature à se présenter fréquemment devant les tribunaux dans la pratique, comme elles l'ont déjà fait d'ailleurs à plusieurs reprises. Or, pour arriver à les résoudre, on est loin d'être d'accord, et la controverse peut se donner ici libre

cours plus qu'en toute autre matière, puisqu'on ne peut pas invoquer de texte précis dans un sens ni dans l'autre, et qu'il faut forcément se référer aux principes généraux que chacun est toujours tenté de concevoir dans un sens exclusivement favorable au système qu'il vient présenter. Quoiqu'il en soit, les différents points que nous nous proposons d'examiner dans l'exposé succinct que nous allons faire des conflits de législation auxquels donne lieu l'hypothèque maritime, se réduisent à trois qu'on peut formuler de la façon suivante : 1° l'hypothèque régulièrement constituée sur un navire peut-elle être exercée en supposant que ce navire se trouve dans un pays dont la législation ne reconnaît pas l'hypothèque maritime? 2° en admettant la validité de l'hypothèque en principe, quelle est la loi d'après laquelle devront être remplies les formalités de publicité nécessaires à son exercice? 3° enfin quelle est la loi qui déterminera et réglera les effets de l'hypothèque?

I. La première question ne présente plus, par elle-même, beaucoup d'intérêt pour nous, puisque l'hypothèque maritime depuis 1874, est consacrée par la loi française. Mais elle présente, au contraire, un intérêt considérable si on l'envisage à un point de vue plus général, au point de vue de diverses théories dont elle constitue le point de départ. Avant 1874, la jurisprudence avait eu à se prononcer à cet égard, et avait jugé que l'hypothèque constituée à l'étranger sur un navire étranger ne devait pas être reconnue en France par les Tribunaux français appelés à distribuer le prix du navire, parce que les meubles possédés en France par des étrangers y sont soumis à notre loi, au moins dans les questions de possession, privilège et voie d'exécution. (Cass., 19 mars 1872, D., 74, 1, 465.) Les motifs qui ont entraîné la Cour suprême nous montrent qu'il n'y a là que l'application sur un point spécial de l'une des deux

grandes théories qui ont été émises pour trancher les conflits de législation auxquels donne naissance l'application des lois maritimes privées d'une façon générales.

La Cour de Cassation, dans l'arrêt précité, n'a fait qu'appliquer aux navires le statut réel. On sait, en effet, qu'aux termes de l'art. 3 du Code civil, les immeubles situés en France, même appartenant à des étrangers, sont régis par la loi française; mais le Code civil reste muet en ce qui concerne les meubles; aussi, la détermination de la règle à leur appliquer est-elle délicate et donne-t-elle lieu à de vives discussions. Toutefois, d'après l'opinion le plus généralement adoptée, on fait une distinction : envisagés en tant que faisant partie d'une universalité juridique, les meubles, s'identifiant en quelque sorte avec la personne de leur propriétaire, sont régis par la loi du pays où celui-ci a son domicile; au contraire, pris individuellement, les meubles, dont rien ne fait reconnaître la nationalité, doivent être assimilés aux immeubles et soumis comme eux à la loi du pays où ils se trouvent, la *lex rei sitæ*. Or, le navire, aux termes de l'art. 190 du Code de commerce, est un meuble, et il faut en l'absence de dispositions contraires lui appliquer la même règle. C'est cette *lex rei sitæ* que l'arrêt ci-dessus de la Cour de Cassation, suivi en cela par la jurisprudence et la plupart des auteurs, a appliquée à notre hypothèse (V. Desjardins, t. V p. 465 et suiv.— Laurent, t. VII, *Le droit civil international*, n°s 385 et suiv.).

Mais plusieurs auteurs se sont élevés avec beaucoup de vigueur contre l'assimilation du navire à un meuble ordinaire. Le navire présente, au contraire, un caractère tout spécial; on pourrait dire de lui qu'à certains points de vue il est d'une nature plus mobilière qu'un meuble ordinaire, tandis qu'à d'autres égards, il s'en éloigne considérablement. En effet, ce qui différencie principalement les

meubles des immeubles, c'est qu'alors que ces derniers ont une assiette fixe, les premiers sont susceptibles de déplacement; or, si l'on envisage le navire sous cet aspect, il revêt un caractère essentiellement mobilier et ambulatoire; son but essentiel, sa destinée unique, tant qu'il sera navire, est de se déplacer perpétuellement. Mais ,d'autre part, tandis que le déplacement des meubles ordinaires les fait le plus souvent changer de nationalité, il n'en saurait être de même pour les bâtiments; ici on pourrait presque les assimiler aux personnes. C'est ainsi qu'ils ont une sorte d'état-civil, un nom, un domicile. une nationalité propre qu'ils conservent au cours de leurs voyages, même quand ils pénètrent dans les ports d'une autre contrée; et l'état-civil du navire et sa nationalité peuvent toujours être portés à la connaissance des tiers par les différents papiers qui doivent le suivre en tous lieux. Il semble donc, si l'on considère ce point de vue spécial de l'existence du navire, et en poussant jusqu'au bout cette assimilation aux personnes, que la loi appelée à le régir pendant le cours du voyage, perde son caractère de réalité pour devenir personnelle. C'est uniquement, en effet, pour des motifs d'utilité pratique, qu'on soumet les meubles à la législation du pays où ils se trouvent, la *lex rei sitæ*. En effet, lorsqu'ils changent de territoire, rien n'indique leur provenance et, par suite, si on les rattachait à une contrée déterminée, dont les dispositions législatives régleraient leur situation, les tiers qui voudraient contracter éprouveraient une impossibilité presque absolue à rechercher la législation applicable, et à se prémunir contre le défaut d'observation des règles qu'elle édicterait; la conséquence de cet état de choses, serait de rendre extrêmement rares les transactions relatives aux meubles et de porter ainsi une grave atteinte au crédit du propriétaire. Au contraire, en

ce qui concerne le navire, rien de tout cela n'était à craindre; les pièces servant à justifier sa nationalité sont, pendant le voyage, entre les mains du capitaine; ceux qui veulent contracter peuvent en prendre connaissance et savoir, par suite, quelle est la loi applicable; leur situation à cet égard est la même que lorsqu'ils traitent avec un étranger ordinaire régi par son statut personnel au point de vue de sa capacité. En conséquence, dans cette opinion on pose en principe que c'est toujours la loi du pays dont le navire a la nationalité, la loi du pavillon, qui devra servir à déterminer sa situation juridique, et cette loi sera applicable en quelque pays que puisse se trouver le navire sans autre limite que celle de l'ordre public.

Telles sont les deux théories en présence, et nous voyons que c'est la première qui a été consacrée par l'arrêt du 19 mars 1872. Malgré les critiques dont cette jurisprudence a été l'objet (Sirey, 71, 2, 57, *Note)*, elle a été adoptée par le tribunal civil de Marseille le 13 juin 1874 et par la cour de Bruxelles le 27 décembre 1879 *(J. de dr. int. pr.* 1875, p. 270. — Laurent, t. VII, n° 385). Nous croyons cependant que la théorie de la loi du pavillon doit être préférée. Avec M. Lyon-Caen qui en est le défenseur le plus autorisé *(Etude de dr. int. privé marit.*, p. 23 et suiv. — En ce sens également Labbé, sous arrêt de Caen du 12 juillet 1870, Sirey, 1871, 2, 57. — Clunet, *Belgique judiciaire* 1880, p. 145. — *J. dr. int.*, 1882, p. 145), nous pensons que cette loi, d'une application générale, doit être surtout admise en matière d'hypothèque maritime, où l'on ne peut invoquer de règle d'ordre public contraire. Cette application est essentielle au crédit maritime; l'hypothèque est ici assez précaire pour que l'existence n'en soit pas encore compromise par des causes accidentelles, telles que la vente ou la saisie du navire dans un port plutôt que

dans un autre, et il faut prendre garde de fournir aux créanciers chirographaires un moyen commode de se débarrasser d'hypothèques maritimes en faisant saisir le navire dans un port où l'hypothèque n'est pas reconnue.

On a cependant soutenu quelquefois depuis la loi de 1874, que l'hypothèque constituée à l'étranger ne pourrait pas avoir d'effet en France en vertu de la règle posée par l'art. 2128 du Code civil, aux termes duquel les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires dans les lois politiques ou les traités. Cet article est-il réellement applicable à notre matière? La négative ne nous paraît pas faire le moindre doute. Cet article, en effet, ne pouvait comprendre, sous le mot *biens*, que les immeubles, qui étaient les seuls biens susceptibles d'hypothèque au moment où il a été écrit, et, d'autre part, c'est une disposition exceptionnelle dont l'introduction dans notre législation ne peut s'expliquer que par l'histoire, ce qui ne la justifie point; donc la loi de 1885, pas plus que celle de 1874, n'en consacrant l'application, même implicitement, on doit se référer aux principes généraux. Or, d'après le droit commun, l'acte fait en pays étranger produit en France les mêmes effets que s'il y avait été passé, sauf ceux relatifs à la force exécutoire; par conséquent, l'établissement de l'hypothèque ne se confondant nullement avec l'exécution de l'acte qui contient la constitution, il faut décider que l'hypothèque constituée en pays étranger pourra s'exercer en France. La Cour de cassation a également écarté l'application de l'art. 2128 dans son arrêt du 25 novembre 1879, et la Cour de Grenoble s'est ralliée à cette opinion (D. 80, 1, 56. — Grenoble, 11 mai 1881. D. 83, 2, 65. — V. note de M. Levillain sous cet arrêt).

Toutefois, ces deux derniers arrêts contiennent une dis-

position qui a été critiquée avec raison à notre avis. D'après eux, pour que l'hypothèque découlant d'un contrat passé en pays étranger soit valable sur des biens de France, ce contrat devrait avoir été déclaré exécutoire conformément aux art. 2123 du Code civil et à l'art. 546 du Code de procédure. Comme on l'a fait observer, il y a certainement là une confusion. Les art. 2123 et 546 ne se réfèrent qu'aux jugements et renvoient à l'art. 2128 pour les actes passés en pays étranger; il n'y a donc pas dans notre législation de règle spéciale indiquant au créancier muni d'un acte consenti en pays étranger, le moyen d'obtenir un acte exécutoire en France. Il faut donc dire que, conformément aux principes généraux, ce créancier devra obtenir un jugement de condamnation en s'appuyant à titre de moyen de preuve sur l'acte étranger, et c'est en vertu de ce jugement, qu'il pourra faire la saisie. (V. Lyon-Caen, note dans Sirey, 80, 1, 257, — Renault, *Revue critique* 1881, p. 485).

II. En ce qui concerne les formalités de publicité nécessaires pour la constitution de l'hypothèque maritime, nous croyons encore que c'est la loi du pavillon du navire qui devra recevoir application. D'ailleurs, il y aurait souvent une véritable impossibilité pratique à ce qu'il en fût autrement. Si, en effet, nous nous plaçons au point de vue de la loi française, l'inscription prescrite par notre art. 6, en ce qui concerne l'hypothèque constituée à l'étranger, ne pourrait jamais être faite, car on ne trouverait pas d'officier public disposé à procéder à l'accomplissement de cette formalité. Auxquels s'adresser, en effet? A ceux du port d'attache du navire? Mais ils sont incompétents pour procéder aux formalités édictées par une législation étrangère. Devra-t-on alors recourir aux officiers publics français? Mais ils seraient toujours en droit de répondre

qu'ils n'ont qualité pour réaliser les mesures de publicité imposées par la loi française, qu'autant qu'elles se réfèrent à des navires français qui, seuls, font l'objet de nos dispositions législatives. Comme le dit M. Lyon-Caen, on arriverait avec ce système à retirer d'une main ce qu'on accorderait de l'autre. Ce danger suffirait à nous faire repousser la théorie contraire et nous ne saurions partager, sur ce point, l'avis de la Cour d'Aix qui, dans son arrêt du 23 mai 1876 par lequel elle déclarait l'art. 6 de la loi de 1875 applicable à l'hypothèque constituée à l'étranger, ne voyait là qu'un point secondaire dont il n'y avait point lieu de se préoccuper (D., 78, 2, 103. — Laurent, *op. cit.*, n° 692).

Nous croyons même que, quelle que soit l'opinion que l'on admette sur la valeur de la théorie de la loi du pavillon en général, la solution que nous venons de présenter en matière de publicité de l'hypothèque doit s'imposer nécessairement. Et nous n'en voulons d'autre preuve que le texte même de l'arrêt de la Cour de Grenoble de 1881, déjà cité, qui, tout en admettant en principe l'application de la *lex rei sitæ* comme règle générale, déclare cependant que les formalités prescrites par la loi française ne sont pas nécessaires pour que l'hypothèque étrangère puisse s'exercer en France, dans des termes que nous tenons à rapporter : « Attendu qu'aux termes de l'art. 1 de la loi du 10 décembre 1874, les navires sont susceptibles d'hypothèques, que la loi française reconnaît donc aujourd'hui le droit hypothécaire, comme la loi grecque, mais que les formalités prescrites par l'art. 6 de la loi du 10 décembre 1874, ne s'appliquent évidemment qu'à l'hypothèque sur les navires français, l'hypothèque sur les navires étrangers demeurant assujettie seulement, pour avoir son effet en France, aux formalités prescrites par la loi du pays

auquel ils appartiennent; qu'on ne saurait donc opposer l'inobservation des formalités voulues par l'art. 6 de la loi du 10 décembre 1874, à moins d'exiger pour la validité des hypothèques grevant un navire qui parcourt le monde, qu'il ait rempli les formalités spéciales exigées par la législation de chacune des nations maritimes dans les ports desquelles il pourra être saisi, ce qui est absolument impossible ; que la plus essentielle, d'ailleurs, de ces formalités dans tous pays, la publicité, le navire la porte lui-même sur ses livres de bord avec leur force probante ». On le voit donc, les inconvénients pratiques ont fait reculer la jurisprudence devant l'application de la *lex rei sitæ* en matière de publicité, mais l'on doit convenir que les partisans de la théorie de la loi du pavillon n'auraient pas donné d'autres motifs. (Lyon-Caen, *op. cit.*, nos 9, 10 et 11. — Sarrut, *J. La Loi,* 22 mai 1881.)

III. Nous arrivons enfin à notre dernier point. Quelle est la loi qui déterminera les effets de l'hypothèque constituée en pays étranger? Ici encore les deux théories que nous avons exposées se trouvent en présence, et les motifs que nous avons fournis pour justifier le recours à la loi du pavillon nous conduisent nécessairement à la déclarer applicable en notre matière, sans que nous jugions utile d'y insister davantage. C'est donc la loi du pavillon qui réglera le rang des créanciers hypothécaires et qui, spécialement, déterminera les droits des créanciers hypothécaires sur l'indemnité d'assurance. En France, par exemple, depuis la loi de 1885, les créanciers hypothécaires n'ont droit à l'indemnité d'assurance que s'ils peuvent invoquer une subrogation conventionnelle consentie en leur faveur par leur débiteur ; en Belgique, au contraire, l'indemnité d'assurance est légalement subrogée au navire en cas de perte ou d'innavigabilité. Si donc il s'agit d'un navire français hypothéqué et

assuré qui est saisi et vendu dans un port belge, le créancier ne pourra pas prétendre à l'indemnité d'assurance en l'absence d'une subrogation conventionnelle, et réciproquement dans l'hypothèse inverse. (Desjardins, *op. cit.*, p. 474.)

Nous voici arrivé au terme de cette étude. Nous avons vu que la loi de 1885, s'inspirant des critiques adressées à la loi de 1874 et vérifiées par l'expérience, a fait subir à celle-ci d'heureuses modifications ; mais nous avons indiqué également plusieurs points sur lesquels on était en droit d'attendre des corrections ou des explications qui n'ont point été fournies, tantôt parce que les difficultés ont échappé au législateur et n'ont point été soulevées devant lui, tantôt parce qu'il n'a pas voulu prendre sur lui de les trancher. Quoi qu'il en soit, telle qu'elle est actuellement réglementée, nous croyons pouvoir affirmer, sans revenir sur ce que nous avons déjà dit dans notre introduction, que l'hypothèque maritime peut exercer une influence certaine sur le développement du crédit maritime, et nous sommes en droit d'espérer, en nous appuyant sur les résultats déjà obtenus, que cette influence ne pourra que s'accroître de jour en jour, et contribuera dans une mesure importante au relèvement de notre marine marchande.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

1° Le simple consentement ne suffit pas pour qu'il y ait mariage, il faut encore que la femme soit mise à la disposition du mari.

2° Le *correus promittendi* qui a payé l'intégralité de la dette, peut exiger la cession des actions du créancier, même s'il n'est pas associé.

3° Le simple pacte peut donner naissance à une obligation naturelle.

4° Dans l'action négatoire, c'est le demandeur qui est toujours tenu de prouver que la servitude n'existe pas.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

1° La prohibition du droit de jouissance légale sur les biens légués ou donnés à un enfant, faite expressément par le testateur, s'étend même aux biens composant la réserve de l'enfant.

2° Le mari qui fait le remploi pour le compte de sa femme, conformément à l'art. 1435 du Code civil, accomplit une gestion d'affaires dont les effets remontent au jour même de l'acquisition à l'égard du mari ou de ses ayants cause.

3° Lorsqu'un office appartient en propre au mari, la plus-value qu'il peut acquérir pendant le mariage ne tombe pas dans la société d'acquêts et reste propre au mari.

4° La séparation des patrimoines n'est pas un véritable privilège et, en conséquence, ne donne qu'un droit de préférence sans droit de suite.

PROCÉDURE CIVILE.

La réintégrande est une action distincte de la complainte n'exigeant pas les mêmes conditions d'exercice.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Un Français peut toujours, conformément à l'art. 14 du Code civil, assigner devant les tribunaux français un gounement étranger qui est son débiteur.

DROIT COMMERCIAL.

1° La poursuite en banqueroute n'est recevable qu'autant que la déclaration de faillite a été prononcée par le Tribunal de commerce.

2° Le principe d'insaisissabilité des rentes sur l'État, consacré par les lois du 8 nivôse an VI, et du 22 floréal an VII, s'applique au profit du titulaire des rentes, même en cas de faillite, et s'oppose, par suite, à ce que le syndic puisse les aliéner au profit de la masse des créanciers.

Vu par le Président de la Thèse,
C. LEVILLAIN.

Vu, le Doyen de la Faculté de Droit,
BAUDRY-LACANTINERIE.

Vu et permis d'imprimer :
Bordeaux, le 2 juin 1888.
Le Recteur de l'Académie de Bordeaux,
H. OUVRÉ.

Les visas exigés par les règlements, ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

DROIT FRANÇAIS.

Bordeaux. — Imp J. Durand, rue Condillac, 20.

